

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

R. NERSON

*Lauréat de la Faculté
Licencié ès Lettres*



LYON

BOSC Frères M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1939

LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

R. NERSON

Lauréat de la Faculté

Licencié ès Lettres



LYON

BOSC Frères M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1939

UNIVERSITE DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

Doyen honoraire

M. JOSSERAND, O. ✱, ✎ I., Conseiller honoraire à la Cour de Cassation.

Professeurs honoraires

MM. APPLETON (Jean), O. ✱, ✎, ✎ I.
JOSSEBRAND, O. ✱, ✎ I.
LAMEIRE, ✱, ✎ I.
PIC (Paul), O. ✱, ✎ I.
LAMBERT (Edouard), O. ✱, ✎ I.
ANTONELLI (Etienne), ✱, ✎, ✎ I.
PERROUX (François), ✎ A.
BROUILHET (Charles), ✱.
LÉVY (Emmanuel), O. ✱, ✎ I.

Doyen

M. GARRAUD (Pierre), ✱, ✎, ✎ I.

Assesseur

M. ROUBIER, ✎ I.

Professeurs

MM. GONNARD, ✱, ✎, ✎ I., Professeur d'*Economie politique*.
PERROUD, ✱, ✎, ✎ I., Professeur de *Procédure civile*.
COHENDY (Georges), ✱, ✎ I., Professeur de *Droit commercial général*.
GARRAUD (Pierre), ✱, ✎, ✎ I., Professeur de *Droit criminel*.
ROUBIER, ✎ I., Professeur de *Droit civil*.
FALLETTI, ✎ A., Professeur d'*Histoire du Droit public et du Droit privé de Doctorat*.
LAMBERT (Jacques), ✎ A., Professeur de *Droit Comparé*.
DE LAPLANCHE, ✎ A., Professeur d'*Histoire du Droit français*.
NICOLAS, ✱, ✎, ✎ I., Professeur de *Droit administratif*.
PHILIP, ✎ A., Professeur d'*Histoire des Doctrines économiques*.
AULAGNON, ✱, ✎ I., Professeur de *Droit civil*.
SCHATZ, ✱, ✎ I., Professeur d'*Economie Politique*.
M^{me} BASTID, Professeur de *Science financière et Législation française des Finances*.

Professeurs sans chaire

M. BASTID.

Agrégés

MM. RICHARDOT, chargé d'un cours d'*Histoire du Droit*.
TRÉVOUX, chargé des cours de *Législation Industrielle et rurale*.
BRUN, chargé d'un cours de *Droit Civil*.
PELLOUX, chargé du cours d'*Etude des Institutions internationales d'organisation de la paix*.

Chargés de cours

MM. CONDOMINE, ✎ I., *Droit civil et Droit pénal (Capacité)*.
LÉVY (Jean), *Droit Romain*.

MEMBRES DU JURY

MM. ROUBIER, Professeur à la Faculté de Droit, *président*.
GARRAUD, Professeur à Faculté de Droit
LAMBERT Jacques, Professeur à la Faculté de Droit } *assesseurs*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

INTRODUCTION

1. — Importance de la réglementation des droits patrimoniaux. Distinction des droits patrimoniaux et non patrimoniaux. Objet de cette étude.

Conserver sa personne, développer librement ses facultés, vivre en un mot et persévérer dans la vie, tel est le but des efforts de l'homme. Les besoins vitaux, c'est-à-dire les besoins physiologiques, s'imposent à lui avec un caractère d'absolue nécessité ; dans les sociétés un peu avancées, les besoins de chaque individu sont d'une variété telle, qu'à lui seul, il est radicalement incapable de les satisfaire. Pour se procurer les biens qui lui manquent et les services dont il ne peut se passer, chacun de nous doit les demander à ceux des membres du groupe social qui peuvent les fournir et doit les payer avec ses propres biens ou ses propres services. Pour remédier aux inconvénients du troc dans ces échanges de biens et de services, les hommes imaginèrent de recourir à une marchandise tierce, servant de monnaie. Mais la monnaie, intermédiaire dans les échanges, sert aussi de mesure des valeurs ; il existe donc pour chaque bien une valeur le plus souvent cotée dans le commerce et représentée par un prix : l'argent remplit vis-à-vis de ces biens une fonction d'équivalence, car peu importe leur identité, on ne considère que leur valeur d'échange.

La place que tient dans le Droit la réglementation du régime des biens est considérable : « Le mot *biens* comprend outre les choses matérielles, un certain nombre de

biens incorporels, qui sont des droits » (1). L'ensemble des biens appartenant à un individu et des obligations passives, qui existent d'autre part à sa charge, constitue le patrimoine, lequel nous apparaît comme une abstraction représentant la masse des droits et des obligations susceptibles d'être ramenés à l'idée de valeur pécuniaire (2). Ont seuls le caractère patrimonial les droits ou charges appréciables en argent ; il existe donc en dehors du patrimoine, comme n'ayant pas un caractère pécuniaire, un certain nombre de droits ou charges non patrimoniaux, ou extra-patrimoniaux (3).

En conséquence, les auteurs divisent les droits, selon cette classification primordiale, en droits patrimoniaux et droits extra-patrimoniaux ; mais écartant délibérément la seconde catégorie, ils n'étudient que les droits du patrimoine.

Nous nous proposons d'étudier ces droits qui ne sont pas appréciables pécuniairement, de rechercher les caractères communs des diverses facultés juridiques non directement évaluables en argent.

2. — Intérêts de cette étude.

Le sujet ne nous semble pas dépourvu d'intérêt :

a) Au point de vue doctrinal, tout d'abord, il paraît assez nouveau ; s'il existe, en vérité, de nombreux travaux juridiques concernant tel ou tel aspect particulier du problème, on ne trouve sur le sujet même aucune monographie : les auteurs les plus estimés consacrent, au plus, une page ou deux, aux droits extrapatrimoniaux ; signalons cependant que M. E.-H. Perreau traite la ques-

1. — (1) Planiol, Ripert et Picard : *Traité pratique de Droit civil français*, tome III, les Biens. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1926, n° 51, p. 58.

(2) H. Capitant : *Introduction à l'étude du Droit civil*, Pedone, 5^e édition, Paris, 1929, p. 9 (introd. à la première édit.).

(3) Nous employons indistinctement les termes non patrimonial ou extrapatrimonial.

tion des « droits de la personnalité », dans un brillant article que nous aurons l'occasion de citer à plusieurs reprises (*Rev. trim. de Dr. civil*, 1909, p. 501 et suiv.), mais nous étudions les droits extrapatrimoniaux : la nuance terminologique traduit, nous le verrons, une différence de concepts.

Nous nous demanderons si le Droit règle les rapports sociaux non pécuniaires, et dans l'affirmative, de quelle manière il parvient à protéger les intérêts non économiques. Il ne s'agit pas seulement d'une énumération des diverses solutions du droit positif, mais surtout d'un groupement, impliquant un effort de synthèse.

Il est entendu depuis des siècles que la personne humaine est en dehors du commerce juridique : une distinction bien établie permet d'opposer le patrimoine, projection de la personne humaine dans le domaine pécuniaire, à cette personne même qui, envisagée sous ses différents aspects et ses multiples attributs, a sa place au-dessus des intérêts matériels, dans le domaine supra-conventionnel. Or, la défense des intérêts non économiques repose évidemment sur la conception de la personne humaine. Existe-t-il des droits qui aient pour fondement cette notion ? Quels sont leurs caractères juridiques communs ? Tels sont les points que nous voudrions élucider.

Certains jurisconsultes ont signalé les tendances récentes à la commercialisation de la personne humaine, dont l'intangibilité fut longtemps admise comme un principe irréfutable ⁽¹⁾. Il sera d'un intérêt certain de confronter avec les faits les opinions des divers auteurs.

b) Au point de vue pratique, il faut remarquer que la vie moderne, par la pression exercée sur les individus, aboutit à un renforcement de la protection des intérêts non économiques ; là où autrefois les hommes se contentaient des préceptes platoniques de la morale, ils exigent

2. — (1) Jossierand : *D. H.*, 1932, p. 1, la personne humaine dans le commerce juridique. — Andrée Jack : Les conventions relatives à la personne physique. *Rev. Crit.*, 1933, p. 362.

aujourd'hui des principes de droit, assortis d'une sanction efficace. Bien plus, la plupart des intérêts non économiques dont ils demandent protection étaient inconnus dans notre Ancien Droit.

Les atteintes portées à la considération constituaient un délit dont on n'avait que très rarement à constater l'existence, en raison du petit nombre de journaux et du cercle restreint auquel ils s'adressaient ; le problème de la réparation du dommage corporel et du préjudice d'affection, ne se posait pas avec la même acuité qu'à notre époque, où le machinisme provoque tant d'accidents ; la notion d'un droit moral de l'auteur sur son œuvre n'existait pas ⁽²⁾.

Avec la situation économique instable, d'autre part, la vie civile, qui reposait autrefois essentiellement sur la richesse acquise ⁽³⁾, a vu croître l'importance de la fortune en formation : la réputation du professionnel est un élément de première importance, le Droit est amené à protéger des intérêts non évaluables pécuniairement. La Jurisprudence a accompli un gros travail de construction : mais, prise de court, elle s'est contentée parfois d'appliquer des règles propres à des situations patrimoniales ; elle a le plus souvent donné des solutions particulières dont nous devons dégager les principes communs. Cette mise au point présente donc un intérêt pratique, celui d'un essai de clarification.

3. — Question préliminaire de terminologie.

Conformément aux grands auteurs classiques, nous dénommons droits extra-patrimoniaux, ou non patrimoniaux, les droits non évaluables pécuniairement. L'expression est courante ; elle a l'avantage de donner immédiatement un critère distinctif de ces droits : selon la pos-

(2) Voir Dorville : De l'intérêt moral dans les obligations. *Thèse Paris*, 1901, p. 7.

(3) Picard, *op. cit.*, Les Biens, n° 1, p. 2 et note 1.

sibilité ou l'impossibilité d'évaluation pécuniaire, on se trouvera en présence d'un droit patrimonial ou extrapatrimonial. Cette terminologie est cependant médiocre, car elle ne rend pas compte de l'objet même de ces droits ; combien plus suggestives, au contraire, nous paraissent être dans cet ordre d'idées les expressions telles que droit réel (droit sur une chose) ou droit de créance !

Cependant, si elle n'est pas parfaite, elle nous semble la moins mauvaise de celles qui peuvent être utilisées : on a souvent parlé de droits moraux : cette étiquette est imprécise, en effet le corps humain est l'objet d'un droit non patrimonial, il est cependant matériel ; comme l'écrit Dorville, intérêt moral n'est pas employé par opposition à intérêt matériel, car il est d'autres intérêts matériels et sensibles, se rapportant au bien-être, aux agréments, aux commodités et aux plaisirs, se rattachant à la vie sensuelle et à ses jouissances extérieures, qui par leur caractère non économique, non pécuniaire, rentrent dans les limites d'un travail sur l'intérêt moral ⁽¹⁾.

Nous préférons, quant à nous, éliminer ce qualificatif qui pourrait fausser les idées du lecteur.

D'autres formules viennent aussi sous la plume : droits non économiques, droits non pécuniaires ; celle de « droits non patrimoniaux » nous paraît plus juridique.

Quant aux droits de la personnalité, dont nous reparlerons, c'est là une appellation séduisante, mais malheureusement la notion de personnalité est très controversée ; qu'elle nous serve seulement à connaître le fondement même des droits étudiés ⁽²⁾.

En tout cas, si nous acceptons parfois le substantif « personnalité », éliminons le terme « droits personnels »,

3. — (1) Dorville : *Thèse citée*, p. 3 ; dans le même sens Raoul Brugilles : *Le rapport juridique. Rev. trim. Dr. civil*, 1909, p. 294, et également H. et L. Mazeaud : *Tr. théor. et pratique de la responsabilité civile*, t. I, 3^e édition, 1938, n° 293, p. 361 ; voir références, note 2, p. 362.

(2) Voir dans le même sens Henri Batiffol (collection Beudant) : *Cours de Droit civil français* (2^e édit. publiée par R. Beudant et Lerebours-Pigeonnière), n° 416, p. 292 et 293, t. II, volume I.

trop fréquemment employé et dans des sens trop divers ⁽³⁾.

Nous optons donc pour la dénomination « droits non patrimoniaux » ⁽⁴⁾.

On trouve d'autres emplois de l'expression ; réfutons donc aussitôt les objections possibles. Selon nous, droit patrimonial et droit susceptible d'une évaluation pécuniaire sont synonymes. mais M. Ernest Roguin écrit ⁽⁵⁾ : « A côté des droits portant sur un objet spécial, chose ou action, peu importe, il existe des règles dont l'objet est un ensemble de biens, de choses, ou d'actions : il en est qui ont tout l'ensemble des biens d'une certaine personne comme objet, celui-ci est donc une fortune, un patrimoine, de là le nom que nous adoptons pour désigner ce groupe de normes ». Roguin emploie donc l'expression droits patrimoniaux, comme opposés à droits portant sur un objet spécial, et non sur un ensemble de biens ; il précise sa pensée en reprochant à Mainz d'ap-

(3) Cf. : J. Rault : Le contrat d'édition en Droit français. *Th. Paris*, 1927, p. 23, note 1 ; J. Becquart : Les mots à sens multiples en Droit civil français. *Th. Lille*, 1928, p. 125, n° 91. — Contra : Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels. *Rev. Critique*, 1931, p. 554, n° 14.

(4) Voir : Colin, Capitant et Julliot de la Morandière : Cours élémentaire de Droit civil français, t. I, 8^e édition. Lib. Dalloz, Paris, 1934, n° 87, 3°, p. 105. — Planiol et Ripert : Traité élémentaire de Droit civil, 12^e édition. Lib. Générale, Paris, 1932, n° 2151, p. 724. — Josserand (Louis) : Cours de Droit civil positif français, t. I, 3^e édition, Sirey, 1938, n° 104 et n° 1317. — Planiol, Ripert et Savatier : Traité pratique de Droit civil français, t. I, Les personnes. Lib. Générale, Paris, 1925, n° 81, p. 85. — Picard : *op. cit.*, Les biens, n°s 22 et 23. — G. Ripert : Cours de 1^{re} année de licence, professé à la Faculté de Paris (1931-32), p. 194 et suiv. — Rouast : Cours de 1^{re} année de licence (1935-36), p. 107. — R. Morel : Cours de 1^{re} année de licence (1935-36), p. 107. — Batiffol : *op. cit.* (collection Beudant), n° 416, p. 291. — P. Voirin (collection Beudant), t. IV, les Biens. Paris, 1938. — J. Hémard : Précis élément. de dr. civil, tome I, 2^e édit. revue par R. Morel, n° 224, p. 102. — Julien Bonnetcase : Précis de dr. civil, A. Rousseau édit., tome I, 2^e édit. 1938, p. 130 et suiv. — J. Marmion : Etude sur les lois d'ordre public en Droit civil interne. *Th. Paris*, 1924, p. 103-104. — J. Bellamy : Le préjudice dans l'infraction pénale. *Th. Nancy*, 1937, p. 43. — F. Givord : La réparation du préjudice moral. *Th. Grenoble*, 1938, p. 1.

(5) Roguin : La règle de Droit. Lausanne, 1889. 3^e partie, chapitre 9, Des prétendus droits patrimoniaux.

peler droits patrimoniaux par opposition à droits personnels, ceux qui portent sur un objet quelconque et non sur une personne.

La confusion terminologique de Roguin est très explicable, elle est déterminée par la controverse classique touchant à la notion de patrimoine, qui oppose les partisans de la célèbre théorie d'Aubry et Rau à ses détracteurs ; cette question est en dehors de notre sujet : y a-t-il un intérêt à faire de l'ensemble des obligations et des biens présents et futurs d'une personne, une unité, une entité, au lieu de considérer séparément chacun des biens et chacune des obligations ? tel est l'objet de la controverse : mais, dans notre thèse, nous étudions la nature et les caractères juridiques des droits non évaluables pécuniairement, non patrimoniaux selon notre terminologie.

Nous trouvons en la personne de M. Paul Oagnier un autre adversaire de l'épithète « extrapatrimonial » : dans le compte-rendu du beau livre de M. Michaélidès Nouaros sur le droit moral de l'auteur, M. Oagnier écrit (6) : « Par définition le patrimoine est constitué par un ensemble de biens provenant des ascendants ou tout au moins d'autres parents : or si quelque chose est personnel et ne provient d'aucune autre personne, c'est bien l'œuvre intellectuelle, fruit d'une création plus ou moins spontanée. Le mot « patrimonial » est donc souverainement impropre ». Ainsi, M. Oagnier critique l'emploi de « patrimonial », au lieu de « pécuniaire », pour désigner le droit qu'a l'auteur de tirer des avantages matériels de la publication de son œuvre.

La conception de M. Oagnier nous semble peu sûre ; le patrimoine entendu au sens de l'ensemble des biens de famille nous paraît être une invention de M. Oagnier ; dans l'étude des régimes matrimoniaux, on parle couramment des rapports patrimoniaux des époux ; dans

(6) Compte rendu du livre de M. Michaélidès Nouaros, publication de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris : « Le droit moral de l'Auteur ». *Revue Critique*, 1935, p. 480, *in fine*.

l'actif de communauté légale, par exemple, le patrimoine commun comprend les meubles et les acquêts, et cependant les acquêts sont des biens qui ne sont pas « de famille ». Le point de vue de M. Olgarnier nous paraît donc original, mais inexact.

L'expression « pécuniaire » préconisée par M. Olgarnier est-elle d'ailleurs plus précise que la nôtre ? Nous ne le croyons pas. Nous verrons en effet que certains droits extrapatrimoniaux peuvent aboutir à des résultats pécuniaires ; la terminologie de M. Olgarnier se trouverait alors en défaut.

Conservons donc la formule adoptée, sans nous dissimuler qu'elle est imparfaite. L'essentiel est d'être compris et d'éviter toute fausse interprétation.

Une objection plus subtile, à notre avis, peut nous être opposée : un droit patrimonial n'est qu'un droit ayant une valeur pécuniaire immédiatement évaluable, mais il existe, nous objectera-t-on, des droits ayant une valeur pécuniaire, qui néanmoins ne sont pas immédiatement estimables. Voici par exemple un porteur d'obligation avec primes : la Compagnie débitrice tombe en faillite, avant le complet remboursement. Le calcul de la valeur du droit du porteur n'est-il pas difficile, voire même impossible ? On se contentera souvent d'un jugement *ex æquo et bono*.

La remarque est exacte : il faut en venir à un principe de finalité ; le droit patrimonial est un droit dont la fin est de satisfaire un besoin économique ; un droit extrapatrimonial est un droit dont la fin est de satisfaire un besoin non économique : besoin souvent d'ordre moral, parfois d'ordre matériel.

(7) Le sentiment personnel du titulaire du droit n'a pas en soi de valeur probante ; il faut que le droit envisagé apparaisse objectivement comme étant de nature pécuniaire ou non pécuniaire. On pourrait dire qu'un droit patrimonial est utilisé en vue d'un résultat direct, d'une « cause », d'ordre pécuniaire ; si le motif varie, la « cause » est invariable ; réciproquement, la cause, si nous pouvons risquer cette terminologie, du droit extrapatrimonial, n'est pas un résultat d'ordre pécuniaire mais la satisfaction de besoins non économiques.

Mais si un droit évaluable pécuniairement a pour fin de satisfaire un besoin non économique, ne direz-vous pas que c'est là un droit non patrimonial ? Tout droit, répondrons-nous, patrimonial ou non, est utilisé pour tel ou tel motif psychologique (7) : je vends pour me procurer de l'argent avec lequel je ferai un beau voyage, ou que je dépenserai en divers achats. C'est là un truisme. Comme nous le démontrerons, un droit évaluable pécuniairement est patrimonial, et la réciproque est vraie ; un droit dont la fin est de satisfaire un besoin non économique est inévaluable pécuniairement.

Si un droit patrimonial subit l'influence d'un droit non patrimonial, il pourra être régi par certaines règles spéciales, mais pour nous, un droit à fin économique n'est jamais extra-patrimonial : nous verrons (8) que la Cour de Paris a employé l'expression droit extra-patrimonial à propos du droit privatif d'exploitation de l'auteur, ceci, afin de ne pas lui appliquer les règles relatives à l'entrée des droits en communauté. Selon nous, cette notion est inexacte : en l'espèce, la Cour de Paris aboutit à scinder le droit d'auteur en possibilité d'exploitation et revenus produits par l'exploitation même.

La solution adoptée par la Cour de Paris est peut-être bonne en soi, mais le résultat auquel aboutit l'arrêt peut être obtenu grâce à d'autres arguments.

Nous pensons devoir conserver notre terminologie primitive qui a le mérite de la simplicité ; il faut bien distinguer, selon nous, le droit non patrimonial du droit attaché à la personne, ou du droit extra-commercium, si nous pouvons employer cette expression.

Certes, on peut relever un élément commun à ces droits, celui de ne pas présenter un caractère exclusivement économique : le droit non patrimonial n'a pas un objet évaluable pécuniairement, il assure la protection

(8) Cf. n° 123; voir Cour de Paris, 23 février 1938, *D. H.*, 1938, 186.

d'un intérêt non économique ; le droit attaché à la personne, par exemple le droit de demander la révocation d'une donation pour ingratitude, a bien un objet évaluable pécuniairement, mais celui qui le possède ne se détermine à agir qu'après avoir examiné et pesé des motifs d'un autre ordre ⁽⁹⁾ ; le droit extra-commercium a un objet évaluable pécuniairement, mais les biens sur lesquels porte ce droit ont été affectés à un service déterminé ; ainsi en ce qui concerne le droit de jouissance légale du père de famille, les biens de l'enfant mineur doivent permettre en premier lieu de faire face aux frais de nourriture, d'entretien et d'éducation ; les parents n'ont un droit d'usufruit que sur l'excédent des revenus de l'enfant par rapport aux charges de son entretien ⁽¹⁰⁾ : l'idée d'affectation est essentielle. De même, le droit du créancier alimentaire, bien qu'évaluable pécuniairement, est hors du commerce juridique ; l'obligation alimentaire est la conséquence du rapport de famille qui unit deux individus et nous savons que la pension alimentaire est insaisissable et inaliénable : son but est de fournir à une personne les secours nécessaires à la vie, le créancier ne doit pas être dépouillé de sa pension ; cette dernière n'a donc pas un but économique, mais humain, c'est la traduction sur le plan patrimonial du devoir de secours.

Il serait possible d'entendre largement l'expression non patrimonial, et d'englober ces droits à caractère non économique dans une vaste catégorie de droits dits non patrimoniaux, par opposition aux droits réels ou de créance courants, dits droits patrimoniaux.

Certains auteurs englobent sous la dénomination de « droits de la personnalité », des prérogatives pécuniaires à caractère personnel et des prérogatives non pécuniaires.

Il serait possible, si nous adoptons pour l'expression non patrimonial un sens restreint, de trouver une dénomi-

(9) Planiol, Ripert et Radouant : *Traité pratique, Obligations*, t. VII, Lib. Générale, Paris, 1931, n° 904, p. 211.

(10) Voir Planiol, Ripert et Savatier : *op. cit.*, n° 364, p. 415.

nation pour l'ensemble formé par les droits non patrimoniaux et les droits patrimoniaux à caractère personnel : par exemple celle de droit de la personnalité ou celle de « droits à caractère personnaliste » (ce qualificatif permettant de ne pas les confondre avec droits personnels), ou plutôt celle de droits attachés à la personne (art. 1166). Mais si le rapprochement est intéressant, il semble bien que l'on ne puisse en tirer que peu de conséquences juridiques ; nous étudierons pour notre part les droits non patrimoniaux *stricto sensu*, c'est-à-dire les droits à but non économique, non évaluables pécuniairement.

Nous pouvons donc établir le tableau suivant :

droits à caractère économique :

droits réels.

droits de créance.

Ce sont des droits patrimoniaux à régime normal.

droits à caractère personnaliste ou attachés à la personne :

droits non patrimoniaux.

droits patrimoniaux à caractère personnel.

droits patrimoniaux extra-commercium.

Ces droits patrimoniaux à régime spécial existent en raison, soit de leur fondement, soit de l'affectation des biens sur lesquels ils portent. Ce sont des droits évaluables pécuniairement, mais un intérêt moral, méritant considération, apparaît comme lié à leur exercice. L'existence de cet intérêt moral, que la loi veut ménager, influence leur régime juridique. En somme, entre les droits patrimoniaux à régime normal et les droits non patrimoniaux, existe une zone mixte de droits patrimoniaux à régime juridique spécial. Les droits non patrimoniaux, d'ailleurs, malgré l'impossibilité de leur évaluation en argent, peuvent avoir des conséquences pécuniaires ⁽¹¹⁾ : lorsqu'ils ont été violés, notamment, ils peuvent donner lieu à une réparation pécuniaire.

La vie est toute complexité ; nous trouverons donc de

(11) Voir n° 211 et suiv. (2^e partie).

multiples variations dans le dosage des éléments patrimoniaux et non patrimoniaux : le droit d'auteur (*stricto sensu*) est cessible, mais nous pensons qu'il ne doit pas tomber en communauté, c'est un droit patrimonial à caractère personnel ⁽¹²⁾ ; le droit de jouissance légale est patrimonial, mais indisponible, il est extra-commercium. La simplicité qui est un besoin de notre esprit n'est sans doute pas la loi du monde extérieur ⁽¹³⁾.

Ecartons donc la terminologie selon laquelle un droit extra-patrimonial serait un droit pécuniaire, mais personnel à son titulaire, droit qui, pour cette raison, ne tomberait pas dans l'actif de communauté, ou serait régi par des règles spéciales en matière de succession ou auquel s'appliquerait l'article 1166 du Code civil.

Entendre trop largement les mots « non patrimonial » serait, à notre avis, sinon illogique (il suffit de s'entendre), tout au moins peu utile ; nous conserverons notre terminologie, la croyant imparfaite et cependant préférable aux autres, la sachant simple, voire simpliste, mais c'est à ses résultats que son opportunité se mesurera. L'emploi d'un mot se justifie par la fécondité des analyses qu'il permet et par les prises qu'il fournit sur les relations véritables ⁽¹⁴⁾.

4. — Méthode. Etude de droit positif français.

Avant même de nous tracer un plan en vue de l'étude méthodique du sujet, il semble nécessaire d'exposer selon quelles idées nous pensons la conduire.

Nous entendons faire œuvre de juriste, non de philosophe : c'est donc dans la législation et la jurisprudence

(12) Cf. n° 125.

(13) Cf. Demogue : Les notions fondamentales du Droit privé. Paris, Rousseau, 1911, p. 193.

(14) Voir Paul Cuche : Pour une meilleure terminologie. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, 1931, Cahier 1-2, p. 195. — François Perroux : Le mot capitalisme. *Esprit*, 1^{er} sept 1938, p. 711.

que nous puiserons les éléments de ce travail ; nous écarterons *a priori* les arguments purement philosophiques, non que nous méprisons cette science, mais parce que les écrits de certains philosophes du droit nous semblent dénués de toute portée. Que l'on nous entende bien : *de lege ferenda*, il peut être intéressant de montrer au législateur le point de vue philosophique qui doit inspirer son action, mais une étude juridique doit être étayée par des solutions positives de jurisprudence. Le point de vue de technique juridique nous paraît essentiel, car le Droit est avant tout une construction, un procédé.

Cependant en matière extrapatrimoniale, le « donné » est particulièrement difficile à saisir. Ce sont le plus souvent des intérêts moraux qu'il s'agit de protéger ; mais comme les jurisconsultes qui recherchent quels intérêts méritent considération, sont différents entre eux de tendances et d'opinions philosophiques, il adviendra qu'ils varieront aussi dans leurs déductions : le droit des peuples modernes diffère profondément de celui des peuples des époques passées ; l'essor de la civilisation a déterminé une reconnaissance de nouveaux intérêts extrapatrimoniaux, un raffinement des méthodes juridiques, consistant souvent à faire passer un certain nombre de préceptes du domaine de la morale dans celui du Droit. La théorie des droits extrapatrimoniaux, tout au moins de certains, évolue donc en fonction des conceptions morales d'une époque donnée.

L'apport de la philosophie, en résumé, sera le suivant :

1° La psychologie nous démontre l'importance des intérêts non pécuniaires dans la vie humaine : nous savons tous, grâce à l'introspection, que la vie ne se borne pas à des calculs ou à des préoccupations d'ordre matériel ; nous éprouvons des sentiments affectifs : nous aimons, nous souffrons, nous ressentons un sentiment d'amour-propre, nous avons le sentiment de l'honneur, qui n'est pas identique dans tous les milieux, mais qui existe toujours néanmoins sous une certaine forme.

2° La morale sociale nous dira s'il est bon de protéger tel ou tel intérêt ; elle dépendra des conceptions du milieu.

Mais là s'arrête le rôle du philosophe ; ensuite commence le travail du juriste : celui-ci doit construire les moyens techniques de protection, coordonner les éléments déjà existants pour essayer d'attirer sur eux l'attention des praticiens du Droit, lesquels assureront l'application effective de ces moyens techniques de protection.

Il est d'usage dans les écrits de cette sorte de remonter aux précédents et ainsi de faire largement appel à l'histoire ; dans cette thèse, nous maintiendrons essentiellement le développement de notre sujet sur le terrain du *droit français contemporain* : nous ne dédaignons pas les enseignements de l'histoire, mais à dire vrai, nous comptons peu que l'histoire puisse projeter une vive lumière sur un sujet que les conditions de la vie moderne ont notablement transformé. Il suffira de demander occasionnellement à l'expérience du passé la confirmation des principes qui servent de fondement aux droits actuellement étudiés.

Le problème des droits extrapatrimoniaux n'a pas arrêté sérieusement l'attention des anciens jurisconsultes ; leurs écrits ont traité tel ou tel point déterminé du sujet, jamais à notre connaissance le sujet lui-même ⁽¹⁾.

Ces études partielles ont été notées d'ailleurs par les auteurs modernes qui se sont occupés, à leur tour, de ces questions fragmentaires ⁽²⁾.

Ces principes vont gouverner notre méthode : la source principale de notre travail sera la *jurisprudence* ; c'est elle qui a donné empiriquement des solutions à propos de chaque difficulté ; c'est en partant de ses décisions, que

4. — (1) Voir cependant Hugo Donellus, 1580 : *Commentarii de jure civili* (volumen primum liber II, chap. VIII, par. 2 et par. 3). — Sir William Blackstone, 1765 : *Commentaries on the Laws of England Book the first*, chap. I, p. 134 (p. 141 the right of personal security, liberty, of private property).

(2) V. Dorville : *Thèse citée*, p. 26 à 44.

les auteurs qui ont étudié la question, ont essayé de construire un système. Quels sont les principaux auteurs français ayant abordé le problème ? A part M. Perreau, signalons immédiatement MM. Génv, Léon Bérard, Fougerol et les divers auteurs ayant étudié le droit moral : notamment M. M.-Nouaros.

Le titre même de leurs ouvrages montre que les auteurs n'ont pas étudié directement la théorie des droits extra-patrimoniaux.

Notre ambition serait d'ouvrir la voie à des études plus complètes sur l'ensemble du problème ; que le lecteur ne s'attende point à trouver dans cet ouvrage des renseignements absolument complets sur chacun des droits étudiés : il existe des traités détaillés auxquels nous avons renvoyé ; nous avons essayé de dégager des notions générales, sans avoir la prétention d'épuiser le sujet.

Les jurisconsultes français précités ont utilisé parfois les travaux juridiques d'auteurs étrangers, notamment allemands (par exemple, Gierke et sa théorie des droits de la personnalité). Nous suivrons la même méthode : nous ne ferons pas de Droit comparé, mais lorsqu'un exemple plus précis sera fourni par un Droit étranger, nous l'indiquerons ; c'est vers le Droit allemand que nous orienterons plus particulièrement nos recherches.

5. — Méthode (suite). Etude de droit privé. — Délimitation du sujet.

Notre sujet, par lui-même assez vaste, nous fera effleurier des situations juridiques de Droit public : accessoirement, nous les examinerons, afin de les comparer aux situations juridiques de Droit privé, que seules nous voulons étudier.

Comment distinguer ces diverses situations juridiques ?

Si nous ouvrons un traité de Droit civil, nous prenons connaissance de la division des droits : les droits se

divisent en deux classes : les droits politiques et les droits civils ⁽¹⁾. « *Les droits politiques* font participer l'individu au gouvernement de son pays ; ainsi le droit de suffrage politique, le droit d'être juré, d'être investi d'une fonction publique. Ils n'appartiennent pas à tous les individus, mais seulement à ceux auxquels la Constitution et la loi en accordent la jouissance et l'exercice. L'article 7 du Code civil dit qu'ils s'acquièrent et se conservent, conformément aux lois constitutionnelles et électorales ; pour en jouir il faut être majeur et appartenir au sexe masculin » ⁽²⁾.

Les droits civils forment la sphère d'activité garantie à l'individu par le Droit objectif ; à la différence des précédents, ils appartiennent à toute personne sans distinction d'âge ni de sexe, ni même de nationalité ; l'article 8 semble en réserver la jouissance aux Français, mais les étrangers jouissent de la plupart des droits civils.

L'homme ne peut participer à la vie sociale qu'autant qu'il jouit dans ses rapports avec ses semblables, au milieu desquels il vit, de certains droits indispensables : droits de faire respecter sa liberté, sa personnalité, d'acheter, de vendre, d'être propriétaire : un homme peut vivre sans droits politiques, il ne le peut pas sans droits privés ⁽³⁾. Notons que M. Capitant emploie ici les mots droits privés, pour droits civils.

Les droits civils se divisent en trois groupes :

1° *Les droits du patrimoine* : nous savons ce qu'ils sont ; ils se divisent à leur tour en trois groupes : droits réels, droits de créance et droits dits intellectuels.

5. — (1) Voir Capitant : Introduction à l'étude du Droit civil, n° 75, p. 108. — Colin et Capitant : Cours élémentaire de Droit civil français, 8^e édit., t. I, p. 104, n° 87. — Josserand : Cours de Droit civil positif français, t. I, n° 104 (implicitement). — Planiol et Ripert : Traité élémentaire de Droit civil, nos 425 et 2151, 1^{er}. — Nous employons ici la terminologie de M. Capitant. Sur le sens de l'expression « droits civils » en Droit international privé, voir les références doctrinales et jurisprudentielles dans l'article de M. Jacques Maury. *Rev. Crit.*, 1938, p. 78, n° 20.

(2) Capitant : Introduction, n° 75.

(3) Capitant : Introduction, n° 75, p. 109.

2° *Les droits publics* : ce sont ceux qui sont nécessaires à l'individu pour la protection de sa personnalité. Ils assurent à l'homme le libre développement de sa liberté : ils protègent la liberté de l'individu au point de vue matériel, en reconnaissant l'inviolabilité de sa personne et de son domicile, en lui garantissant la faculté de travailler, de devenir propriétaire ; au point de vue intellectuel, ils défendent sa liberté de penser, sa liberté religieuse.

Au XVIII^e siècle, on les appelait droits naturels ou droits de l'Homme, parce qu'on considérait qu'ils avaient leur source dans l'état d'indépendance primitive de l'homme, indépendance à laquelle celui-ci n'avait renoncé qu'en partie, en entrant dans la société. On leur donne aujourd'hui le nom de droits publics. M. Capitant⁽⁴⁾ les dénomme aussi droits de la personnalité, et se réfère à l'article de M. Perreau : il y a là, nous semble-t-il, une erreur ; les droits de la personnalité sont le genre et les droits publics l'espèce du genre⁽⁵⁾.

Nous parlerons de droits publics, puisque ces droits existent grâce à l'intervention des pouvoirs publics⁽⁶⁾.

3° *Les droits de famille* sont ceux qui naissent des rapports de famille, de la qualité d'époux, de parent, d'allié, d'enfant ou de père adoptifs. La classe des droits de famille ne comprend que les rapports de personne à personne unies par les liens de parenté. Les rapports de famille créent en outre des droits pécuniaires tels que le droit de succession, le droit à des aliments. Ces droits

(4) Capitant : Introduction, n° 76, p. 109 et note 2.

(5) Perreau : Des droits de la personnalité, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1909, p. 501-536. Dans cet article, M. Perreau englobe tous les droits extra-patrimoniaux sous la dénomination droits de la personnalité. Nous avons montré au n° 3 pourquoi nous préférons la terminologie droits non patrimoniaux. En tout cas, M. Perreau emploie l'expression droits de la personnalité *large sensu*.

(6) D'ailleurs M. Capitant écrit lui-même, p. 109, note 2 *in fine* : « En fait, l'étude de ces droits relève du Droit public, sauf le droit de propriété qui, à cause de son importance dans les transactions humaines, rentre dans le Droit civil ».

sont des conséquences des relations de famille, mais ils font partie des droits du patrimoine ⁽⁷⁾. Aux droits patrimoniaux s'opposent les droits non patrimoniaux : les droits de famille précédemment définis ne sont qu'une partie des droits extra-patrimoniaux.

De cette division des droits, quelle conclusion tirer ? Les droits civils appartiennent à tous, les droits politiques sont réservés aux nationaux ; cette distinction ne nous intéresse pas, peu importe la nationalité du sujet de droits : un Français, majeur par hypothèse, jouit de droits politiques et de droits civils.

Nous opposons aux droits patrimoniaux les droits non patrimoniaux.

Le Droit romain n'établissait pas de distinction entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux : il parlait plutôt, et d'ailleurs dans un sens différent de la conception actuelle, de *res in patrimonio* et de *res extra patrimonium* ⁽⁸⁾. Il en résulte que les maîtres du Droit civil français moderne ne formulent la distinction des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux qu'incidemment à propos de la notion de biens et de patrimoine ⁽⁹⁾. M. Josserand, au contraire ⁽¹⁰⁾, marque bien l'importance de cette *summa divisio*, qu'il expose à propos de la classification des droits. De plus les formules varient et ne concordent pas exactement : MM. Colin et Capitant ⁽¹¹⁾ rangent parmi les droits extrapatrimoniaux les droits de famille et les droits publics, mais oublient d'y comprendre les droits politiques ; M. Picard ⁽¹²⁾, reprenant les termes

(7) Capitant : Introduction, n° 90, p. 119.

(8) Cf. Paul-Frédéric Girard : Manuel élémentaire de Droit romain, 8^e édit. par Senn, p. 260 et suiv. ; R. Monier : Manuel élémentaire de Droit romain, t. I, 2^e édit., 1938, n°s 246 et 249 ; Paul Thomas : Essai sur quelques théories économiques dans le *Corpus juris civilis*. Thèse Toulouse, 1899, p. 18, 36 à 40.

(9) Voir Planiol et Ripert : Traité élémentaire, n° 2151, t. I. — Picard : Les biens, n° 23, p. 27.

(10) Josserand : Cours de Droit civil positif français, t. I, n° 104.

(11) Colin et Capitant : Cours élémentaire de Droit civil français, t. I, p. 105, n° 87, 2^e, *in fine*.

(12) Picard : Les biens, p. 28, n° 23.

du Traité élémentaire de MM. Planiol et Ripert, énumère les droits extrapatrimoniaux : ce sont les droits de puissance, les actions d'état, et « tous les droits et toutes les charges ayant un caractère politique ». Ni M. Picard, ni M. Josserand ne parlent des droits publics.

Les droits extrapatrimoniaux comprennent les droits politiques, les droits publics, les droits de famille (ou droits de puissance), et également ce que M. Josserand appelle les droits moraux : c'est-à-dire les droits privés ayant pour objet la protection de la personnalité. Ces attributs de la personnalité n'ont pas été tous aperçus par les auteurs. Pour eux ⁽¹³⁾, le Droit civil n'interviendrait qu'en ce qui concerne le problème de la responsabilité civile, en cas de lésion d'un droit public.

Nous éliminerons de notre étude les droits politiques, qui font certainement partie du Droit public. Rentrent dans le cadre de notre sujet les droits de famille (ou de puissance), les droits moraux, véritables attributs de la personnalité, qui ne sont pas tous reconnus, mais dont certains accèdent peu à peu au rang de véritables institutions juridiques : il est justement important de nous demander si la réglementation des droits de famille, d'une part, et la responsabilité civile résultant d'une violation d'un droit public, d'autre part, sont les seules manifestations de l'existence des droits extrapatrimoniaux.

Il nous faudra parfois discerner des droits moraux là où les auteurs parlaient très généralement de droits publics ; incidemment nous serons donc amenés à étudier des matières relatives au Droit public. Nous donnerons aux mots « droits publics » un sens restreint.

Ainsi nous n'étudierons qu'une partie des droits extrapatrimoniaux, ceux de Droit privé ; resteront en dehors du champ de nos observations, les droits politiques et les droits publics *stricto sensu*.

(13) Picard : Les biens, p. 28, n° 23, 1°, *in fine*. — Colin et Capitant : Ouvrage cité, p. 105, n° 87, 1°, *in fine*.

6. — Plan.

Nous avons marqué dès cette introduction les difficultés du sujet : elles sont inhérentes à la terminologie, à l'incidence de certaines conceptions morales sur l'objet des droits étudiés, enfin à la notion des droits publics.

Pour cette raison, nous avons dû bien préciser l'objet de notre étude : l'expression de « droits patrimoniaux » est immédiatement comprise, le lecteur pense à un droit réel ou bien à un droit de créance ; il n'en est pas de même pour celle de « droits extra-patrimoniaux » : l'exemple concret ne vient pas à l'esprit ; notre première tâche consistera donc, dans une *première partie* de cette étude à indiquer, en une classification aussi simple que possible, quels sont les divers intérêts extra-patrimoniaux dont le Droit positif tient compte.

Nous consacrerons notre *deuxième partie* à l'étude du problème de l'existence et de la nature juridique des droits extrapatrimoniaux. Les divers intérêts extrapatrimoniaux ne sont souvent révélés qu'après leur lésion par l'exercice d'une action tendant à la réparation du dommage subi ; ils ne sont alors protégés en droit français que par l'intermédiaire de l'article 1382, d'application infinie ; mais il n'est pas certain qu'à chaque action en réparation, corresponde un « droit » lésé. Existe-t-il de véritables droits⁽¹⁾ extrapatrimoniaux ? et d'abord qu'entend-on par droit ? telles seront les questions qui seront étudiées en un chapitre premier.

Nous essayerons ensuite en un chapitre 2, selon les données de notre chapitre premier, soit de dégager les

6. — (1) Nous renvoyons l'étude de cette question à notre deuxième partie, car nous croyons préférable pour la clarté de l'exposé de faire connaître immédiatement au lecteur quels sont les divers intérêts extra-patrimoniaux dont le Droit privé assure la protection : nous nous demanderons alors si cette protection aboutit à la reconnaissance de véritables droits. Jusque-là, nous emploierons le terme général de situations juridiques ; cependant le mot droit viendra aussi sous notre plume et ceci pour la seule facilité du style. Sur les avantages de l'expression « situation juridique », voir P. Roubier : Les conflits de lois dans le temps, I, p. 378. Sirey, Paris, 1929.

caractères juridiques des droits extrapatrimoniaux s'il en existe, soit d'analyser la nature des situations juridiques extrapatrimoniales ; si nous ne parvenons pas à préciser toutes les notions, nous essayerons au moins de délimiter avec netteté le contour de notions encore imprécises, car ce premier résultat est déjà un début de clarification.

Cet ouvrage sera donc divisé en deux parties :

- I. — Classification des situations juridiques extrapatrimoniales de droit privé.
- II. — De l'existence et de la nature juridique des droits extrapatrimoniaux.

PREMIÈRE PARTIE

**CLASSIFICATION DES SITUATIONS
JURIDIQUES EXTRA-PATRIMONIALES
DE DROIT PRIVÉ**

7. — Plan.

Nous nous proposons, selon les idées énoncées dans notre introduction, non pas d'étudier l'ensemble des problèmes relatifs à chaque situation juridique, mais d'indiquer les caractères juridiques essentiels de chacune d'elles. Nous voulons faire connaître au lecteur, dans cette première partie, quels sont les intérêts extrapatrimoniaux pris en considération par le Droit.

Le meilleur moyen pour ce faire est, croyons-nous, l'adoption d'une classification simple, englobant ces divers intérêts. Cette classification aura la valeur relative de toute classification : les diverses manifestations des situations extrapatrimoniales ne sont pas séparées par des cloisons étanches ; il faut classer pour exposer, mais sans attribuer au classement une importance excessive ⁽¹⁾.

M. Perreau, dans une première partie de son article consacré aux droits de la personnalité ⁽²⁾, a énuméré et classé ces divers droits ; il distinguait trois idées de base : le respect de l'individu pour lui-même, son respect comme membre de la famille, son respect comme membre de l'Etat ; cette classification comprend des situations de Droit privé et de Droit public ; nous préférons adopter une division plus adaptée à notre sujet, division dont l'idée nous est d'ailleurs fournie par M. Perreau lui-même. Dans la première partie de son article, en effet, il traite successivement du droit d'exiger d'autrui sa reconnaissance comme individualité, puis des droits concernant l'individualité physique, enfin des prérogatives de l'individualité morale.

Cette manière très claire d'exposer le sujet a le mérite

7. — (1) Cf. à propos du droit à son image, n° 74 *in fine*, t. et note 2. Autres exemples : le nom ressortit du domaine de l'individualité et de la personnalité morale ; une arrestation arbitraire est une atteinte à la liberté d'aller et venir, aussi bien qu'à la liberté morale.

(2) Perreau : *Rev. trim.*, 1909, p. 501 et suivantes.

de préciser immédiatement pour le lecteur le contenu non exclusivement moral des situations extrapatrimoniales.

Nous étudierons donc en trois chapitres :

Chapitre 1 : les intérêts extrapatrimoniaux relatifs à la notion d'individualité.

Chapitre 2 : les intérêts extrapatrimoniaux relatifs à l'élément physique de la personnalité.

Chapitre 3 : les intérêts extrapatrimoniaux relatifs à l'élément moral de la personnalité.

CHAPITRE PREMIER

**DES INTERETS EXTRAPATRIMONIAUX
RELATIFS A LA NOTION D'INDIVIDUALITE**

8. — Le droit à l'individualité. Division.

La personnalité humaine a pour point de départ la naissance. La naissance est un fait naturel, mais il existe une reconnaissance par le Droit de l'existence⁽¹⁾ ; l'individu doit devenir titulaire des droits indispensables pour assurer son respect comme entité spéciale. Selon la distinction, au premier abord subtile, mais très juste de Gierke, il est un droit subjectif fondamental, unitaire, servant de base à tous les droits subjectifs particuliers : c'est *le droit de la personnalité*⁽²⁾ ; pour être plus clair, nous parlerons du droit à l'individualité, établissant ainsi une différence de portée entre l'individu et la personne : l'individu s'oppose à la personne comme une vue prise de l'extérieur à une connaissance plus intérieure de l'homme ; comme une vue superficielle, incomplète, celle que nous avons des autres, que les administrations ont de nous-mêmes, à une connaissance profonde, complète, intime, celle que nous avons de nous, de nous seuls peut-être. Un recensement dénombre cent mille individus, une famille se compose de cinq personnes⁽³⁾.

Pratiquement, on parle de personnalité ; une personne⁽⁴⁾ est dans la langue juridique un être capable d'avoir des droits et des obligations ; la personne est tout sujet de droit ; la personnalité est l'aptitude à être sujet de droit⁽⁵⁾.

8. — (1) Voir J. François : Contribution à l'étude de la personnalité. *Revue générale de Droit*, 1931 et 1932.

(2) Gierke : *Deutsches Privatrecht*, t. I. Leipzig, 1895, p. 702 et suiv.

(3) *Semaines Sociales Clermont-Ferrand*, 1937, Cours du R. P. Delaye, « La personne humaine », p. 178-179. — Ch. Baudouin : Quelques aspects nouveaux du problème de la personne. *Rev. Philosophique*, nov.-déc. 1938.

(4) Sur l'origine du mot, voir Planiol : *Traité élémentaire*, I, n° 362. — Voir également : *Semaines Sociales*, 1937 : Leçon de M. Duthoit, p. 43-44.

(5) Voir Savatier : *Les personnes*, ch. 1, p. 6 à 12. — L. Michoud : *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, 3^e édit. revue par Trotabas, t. I, 1932, n° 1.

L'idée de personnalité qui est nécessaire pour donner un support aux droits et aux obligations devient inutile dans les théories qui contestent l'existence de droits et de devoirs subjectifs entre les individus⁽⁶⁾ ; la théorie du sujet de droit rejoint donc celle de la notion de droit. *Nous adopterons ici la conception traditionnelle.*

Dans la doctrine, on reconnaît deux sortes de personnes : les personnes physiques, dont nous traiterons le plus généralement⁽⁷⁾, et les personnes morales, c'est-à-dire des sujets de droit autres que les êtres humains. La personnalité morale est l'attribution de droits et d'obligations à des sujets autres que les êtres humains ; les personnes morales sont des êtres immatériels vivant d'une vie juridique.

La reconnaissance par les pouvoirs publics de la personnalité morale d'un groupement est comparable à la naissance de l'être humain⁽⁸⁾. Cette déclaration de personnalité morale est très importante pour le dit groupement⁽⁹⁾.

Depuis l'abolition de l'esclavage, tout être humain est une personne : un fou, un enfant sans volonté consciente sont des personnes, mais les animaux n'ont pas juridiquement de personnalité⁽¹⁰⁾.

(6) Savatier, t. I, n° 6, p. 6 et note 2.

(7) La personnalité se perd avec la vie : Savatier, n° 12. — Cf. Timbal : La condition juridique des morts. *Th. Toulouse*, 1903. — Demogue : Notions fondamentales du Droit privé, p. 345. Notre législation ne connaît plus la mort civile.

(8) Sur la condition juridique des personnes (physiques et morales) avant leur naissance, voir la *Thèse* de M. Louis Sébag. Paris, Sirey, 1938. — A propos des personnes morales, voir Michoud : La théorie de la personnalité morale, etc., 2 vol., 3^e édit. revue par Trotobas. Paris, 1932.

(9) Nous négligeons volontairement la grande querelle opposant les partisans de la « fiction », aux auteurs soutenant la conception de la réalité des personnes morales. Cf. Savatier : *op. cit.*, n° 66 et suiv. — Remarquons que les établissements personnifiés n'ont pas toujours une personnalité morale complète.

(10) Voir Ed. Engelhardt : De l'animalité et de son droit, 1900. — Salt : Les droits de l'animal. — Demogue : Notions fondamentales, p. 357-358. — Savatier : *op. cit.*, n° 7, et note 3, p. 7. — Comp. Barthel : Die strafrechtliche Regelung der Vivisektion. I. D., Iena, 1937.

Quels sont les attributs de la personnalité ? Les personnes ont un nom, qui sert à les distinguer les unes des autres, un domicile qui les rattache à un point du territoire, plus généralement un état juridique qui se compose de qualités multiples ; il est de tradition enfin, de rattacher à la personnalité la notion de patrimoine. Nous étudierons en autant de sections ces divers attributs de la personnalité, auxquels nous ajouterons la profession.

SECTION 1

LE NOM

9. — Définition. Nom civil et nom commercial. Plan (I).

Le nom d'une personne ou d'une chose est le terme servant à la désigner d'une manière habituelle⁽²⁾ : ainsi chaque personne porte dans la société un nom qui permet de l'individualiser. Cette désignation officielle est une mesure prise aussi bien dans l'intérêt de la personne que dans celui de la société à laquelle elle appartient⁽³⁾.

Lorsque ce nom constitue un procédé de réclame, un moyen d'achalandage et, partant, une source de bénéfices pécuniaires, on le qualifie de nom commercial (*lato sensu*), il possède alors une valeur estimable en argent : c'est un véritable bien, un élément du patrimoine proprement dit. Dans les autres cas, n'ayant pas de valeur

9. — (1) Voir bibliographie dans les manuels. Signalons seulement ici : 1° Quelques études postérieures à l'ouvrage classique de Perreau : Delpech : Du nom patronymique. *Th. Toulouse*, 1911. — Maccario : De la sanction civile du droit au nom. *Th. Paris*, 1921. — Valentin Montalban : Le nom littéraire et artistique. *Th. Poitiers*, 1928. — Henri Baley : La défense du droit au nom patronymique, *Th. Rennes*, 1930. — Paul Lautier : La protection pénale du nom. *Th. Rennes*, 1933. — 2° Sur le nom en Droit comparé et Droit international privé : Constantin Mironesco : Le nom des personnes en Droit comparé. *Th. Paris*, 1933. — *Répert. D. I. P.*, t. X, voir Nom, p. 65, n° 1. — *Rev. Crit. D. I.*, 1935, p. 624, n° 17 ; 1937, p. 690.

(2) Perreau : Le droit au nom en matière civile. Lib. Sirey, 1910, p. 7.

(3) Savatier : Les personnes, n° 96, p. 101.

pécuniaire ou sa valeur pécuniaire n'étant pas son véritable avantage, il bénéficie d'une protection juridique et c'est elle qu'on appelle « droit au nom ».

La matière est classique et il suffit de se référer à l'abondante bibliographie citée dans les traités de Droit civil, pour s'en rendre compte : nous n'étudierons donc pas le sujet dans son ensemble⁽⁴⁾ mais essayerons en deux paragraphes de montrer :

1° les intérêts attachés à cette institution juridique.

2° la véritable nature juridique du droit au nom.

Paragraphe 1

INTERETS ATTACHES A CETTE INSTITUTION JURIDIQUE

10. — Le nom, matricule.

La notion d'individu ayant été dégagée par opposition à celle de milieu social, il est naturel que la société marque d'un matricule tout individu. Comme le dit excellemment M. Sudre, dans sa thèse⁽¹⁾, le nom est imposé par une nécessité sociale. Ce n'est pas l'individu pris isolément qui a besoin d'un nom : qu'en ferait-il ? c'est l'individu dans sa vie sociale, c'est la société elle-même qui exigent que l'individu ait un nom. Le gouvernement doit pouvoir classer les hommes qu'il gouverne : à ses yeux, tous les citoyens sont représentés par des fiches que le

(4) C'est ainsi que nous laisserons de côté le problème de la détermination du nom des personnes physiques et des personnes morales ; toutes les personnes morales ont droit à un nom, qui sert à les distinguer, et qui est, soit conféré par l'acte de constitution, soit choisi librement par l'établissement ; les sociétés commerciales doivent observer pour le choix de ce nom, des règles qui dépendent de la forme de la société (nom collectif, commandite, anonyme). — Voir Savatier : n° 82, p. 85, note 2. — Sur le droit au nom des personnes morales, non commerçantes, voir la note de M. Perreau : S., 1931, 2, 193, sous Paris, 19 mars 1928.

10. — (1) Ph. Sudre : Le droit au nom. *Thèse Paris*, 1903, p. 101 et 102.

nom distingue ⁽²⁾. Sans classification des individus, pas de groupement social possible et plus la société est nombreuse, plus la désignation de ses éléments par le nom est indispensable : de là, la nécessité d'ajouter à la liste trop pauvre des noms, les prénoms qui en multiplient les combinaisons possibles. L'individu qui entre dans la société ne peut donc se dispenser de porter un nom, puisqu'il est nécessaire à l'ordre public qu'il en ait un : le premier caractère du nom au point de vue extérieur est d'être obligatoire.

L'intérêt social est en jeu : le nom est évidemment une institution de police civile, justifiée par la nécessité d'identifier les individus, le nom est la forme obligatoire de la désignation des personnes, il est pour la personne qui le porte, bien plus une obligation qu'un droit.

De ce caractère, reconnu par tous les auteurs ⁽³⁾, résultent des conséquences nombreuses et incontestées :

— Tout individu doit avoir un nom, d'où les règles spéciales de détermination du nom des enfants naturels non reconnus, ou des enfants trouvés, ou des individus dont la famille ne porte aucun nom (Juifs et Musulmans, par exemple) ⁽⁴⁾.

— Tout individu doit conserver le nom qui lui a été attribué soit par l'acte de naissance, soit postérieurement par voie administrative (dans le cas d'un enfant trouvé, par exemple) ; il est interdit de changer de nom : cette vérité est dépourvue d'une sanction positive et directe. L'immutabilité du nom n'est pas absolue, en pratique ; le changement de nom est permis au contraire, pourvu qu'il

⁽²⁾ Cf. S. Vigneron : L'identité des personnes. Sa protection légale. Paris, Sirey, 1937. Article *Gazette du Palais*, Doctrine p. 15, janvier 1938 ;

« L'identité des personnes dans le domaine civil ». Comp. la législation allemande concernant les noms et les prénoms que doivent porter les Juifs, par opposition aux Aryens : Voir J. W., 1938, p. 337.

⁽³⁾ Voir Josserand : Cours I, n° 219. — Planiol et Ripert : *Traité élémentaire*, n° 398 ; Savatier, n° 96 ; *Bulletin Soc. d'Et. légis.*, 1928, p. 32 (Hamel). — Comp. Karl Neumeyer : Le nom des personnes en droit administratif, *Rev. de dr. intern. et de légis. comparée*, 1938, p. 827 et suiv.

⁽⁴⁾ Voir Savatier : Les personnes, n°s 100, 101, 102, 106. Voir note D. P., 1930, 2, 27 (col. 2), enfant de parents inconnus.

soit motivé et que ces motifs soient déclarés légitimes par le plus haut pouvoir administratif : entre les deux formules de l'interdiction d'une part et de la permission subordonnée à une condition, d'autre part, il y a une nuance⁽⁵⁾. Elle suffit à transformer le caractère et la mesure de l'immutabilité, elle suffit à défendre de rattacher à des considérations d'ordre public les autres caractères du nom; ceux-ci découlent d'intérêts privés qu'il reste à définir.

11. — Le nom, enseigne de la personnalité.

Puisque la société oblige à porter un nom, il en résulte que l'individu, durant toute sa vie, sera marqué par son nom : il est pour l'individu le signe fondamental de son identité ; le matricule apposé par la société sur un individu s'attache à lui comme un des attributs de la personnalité. Entre la personne humaine et le nom que les ancêtres ont pris à l'origine et dont le maintien lui est imposé, il se forme un lien qui n'est pas seulement une chaîne. Chaque individu porte un nom toute sa vie, dans les actes multiples et infiniment variés de son existence, il se fait représenter par ce nom partout et toujours ; il signe ce nom, il est désigné par ce nom : il se produit entre sa personne et son nom une sorte d'assimilation, un phénomène de confusion tel que le nom vient à être pris pour la personne ; le nom, signature obligatoire de l'homme en arrive à représenter l'homme même. Individualisant la personne, il en est inséparable, il représentera l'individu, ses qualités, son honneur, sa réputation. Signe habituel et nécessaire de la personnalité, il la concentre et l'exprime.

Ce second caractère du nom, opposé au premier, a été relevé par les auteurs avec non moins de force que celui-ci : un défaut courant a été de ne retenir que l'un ou

(5) Sudre : *Thèse précitée*, p. 110. — Cf. Savatier : *Les personnes*, n° 107 et n° 117.

l'autre de ces caractères. Le nom est l'enseigne d'honneur et de probité, qui dispense dans la vie courante d'autres garanties⁽¹⁾ ; il est vrai de parler de crédit, de notoriété, de valeur morale, de représentation de la personnalité, mais n'oublions pas d'autre part que la société *exige* un matricule pour tout individu. Réciproquement tout individu a le droit d'exiger d'autrui sa reconnaissance comme individualité distincte des autres individualités : quotidiennement, les journaux insèrent des avis mettant le public en garde contre des confusions d'individualités.

En bref, le droit au nom est un droit primordial dans une société : le nom, étiquette servant à distinguer les uns des autres les diverses individualités⁽²⁾, est aussi le passé d'un homme, du moins ce qu'on connaît de son passé ; ce résumé varie de richesses avec la célébrité des existences : le nom d'un La Rochefoucauld dit plus que le nom d'un quelconque Dupuis, mais pour l'opinion, il s'établit une moyenne de connaissances qu'on appelle la notoriété et qui n'est que le contenu du nom. Le nom est un patrimoine moral⁽³⁾ : c'est par le nom que l'on peut atteindre votre personnalité morale en cas de diffamation ; un nom ridicule ou odieux vous handicaperait toute votre vie d'où la possibilité de changer de nom, en cas de motif légitime⁽⁴⁾. Une loi du 2 juillet 1923 a permis aux héritiers d'un citoyen mâle mort pour la France dans une guerre, de relever le nom menacé de s'éteindre⁽⁵⁾ : c'est bien la preuve qu'une valeur morale est attachée au nom de famille.

11. — (1) Sudre : *Thèse précitée*, p. 183.

(2) Perreau : article cité. *Rev. trim. Dr. civ.*, 1909, p. 504.

(3) « Le nom apparaît comme la plus haute représentation et la plus parfaite intégration de la personnalité humaine : de là vient que l'homme est intéressé à le respecter et à le défendre comme sa propre personne. *D. H.*, 1927, p. 128, col. 2, sous Trib. civ. Seine, 1^{er} décembre 1926.

(4) Voir Savatier : *Les personnes* ; n° 107 et 117.

(5) Savatier : *Les personnes* ; n° 109 et note 1, page 115.

12. — Le nom traduit-il toujours la filiation ?

Les caractères du nom que nous venons d'étudier sont simples, mais la théorie du nom s'est compliquée pour deux raisons :

— Le même vocable sert à identifier l'individu et peut se trouver attaché à un bien qu'il sert également à désigner (nom commercial), d'où des conflits entre notions extra-patrimoniales et patrimoniales.

— Le nom dans de nombreux cas, traduit la filiation et l'état d'une personne : l'enfant légitime prend le nom de son père ; l'enfant naturel reconnu dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul de ses auteurs porte le nom de cet auteur ; la femme, dans l'usage, est désignée par le nom du mari ; l'usage, souverain ici, maintient la jouissance de la femme sur le nom de son mari prédécédé, car c'est pour elle un pieux souvenir qui ne s'effacera que par un second mariage. Il est vrai de dire que le nom traduit l'état de l'individu, mais il faut repousser la théorie excessive⁽¹⁾ selon laquelle il en serait toujours ainsi : le nom qu'un individu est autorisé à prendre par décret, ne présente à aucun point de vue ce caractère. L'adopté ajoute le nom de l'adoptant à celui qu'il portait, et il peut même substituer le premier au second, s'il n'avait reçu ce dernier que comme enfant trouvé ou enfant naturel non reconnu⁽²⁾.

Connaissant maintenant les intérêts attachés à cette institution du nom, nous essayerons d'étudier la nature juridique du droit au nom en tenant compte de tous les aspects du problème.

12. — (1) Voir Colin et Capitant : Cours élém. de droit civ. fr., tome I, 8^e éd., n° 363 et p. 371.

(2) Savatier : Les personnes, n° 108, 3°.

Paragraphe 2

NATURE JURIDIQUE DU DROIT AU NOM

13. — De l'existence d'un droit au nom.

Le droit au nom c'est la faculté d'obliger les tiers, même par voie d'action en justice, soit à vous laisser à vous-même le libre usage de votre nom, soit à cesser tout usage irrégulier qu'ils en feraient⁽¹⁾.

Le problème de sa nature juridique a donné lieu à plusieurs opinions. En premier lieu, on peut se demander s'il existe un « droit au nom » ; si le nom n'est qu'une institution de police civile, on conclura à la non-existence d'un droit au nom ; le nom ne sera pas l'objet d'un droit quelconque permettant par lui-même d'en interdire l'usage aux usurpateurs ; et ce qui fortifie cette idée c'est la comparaison établie entre les noms et les numéros matricules : l'usage du nom serait laissé, comme celui des autres mots du langage, à l'entière liberté de chacun, tant qu'on ne causerait de dommage à personne⁽²⁾. Seul l'article 1382 C. civ. permettrait grâce à ses termes généraux d'intenter une action en réparation en cas de dommage causé par l'exercice abusif de votre nom. De savants jurisconsultes ont soutenu cette opinion⁽³⁾. On admet cependant l'existence indépendante d'une action protectrice du nom ; en effet, la théorie selon laquelle l'action protectrice du nom serait

13. — (1) Perreau : Le droit au nom, p. 22. Voir Rapport Hamel, Bulletin Soc. Et. législ. 1927, p. 115 et suivantes.

(2) Voir Perreau : Le droit au nom, p. 61 et suiv. : action en contestation de nom ; p. 49, 4^o et 50 : action en réclamation de nom. L'action en réclamation de nom a pour but de s'assurer à soi-même comme désignation le nom que l'on prétend sien ; elle est moins fréquente que l'action en contestation de nom, donnée contre l'usage irrégulier de son nom par les tiers.

(3) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade : Des personnes, I, 3^e éd., p. 307. — Ihering, Esprit du droit romain, Trad. Meulenaere, 3^e éd., IV, p. 340, note 520. — Cf. Planiol et Ripert, Traité élémentaire, I, n^o 398, 399, 400. — Voir C. d'E., 24 mai 1901, D. P. 1902.3.99.

délictuelle, se heurte à certains obstacles juridiques⁽⁴⁾, elle ne tient pas compte également de l'évolution juridique de ce droit au nom, dont l'histoire nous montre la transformation progressive⁽⁵⁾. Cette théorie négative fut opposée par certains auteurs à la conception de la jurisprudence, laquelle voit dans le droit au nom une forme du droit de propriété : en ce qui concerne les notions extrapatrimoniales, il est fréquent de voir nier l'autonomie de l'action protectrice de l'intérêt extrapatrimonial ; l'action délictuelle serait la seule action, d'ailleurs de portée générale, qui pourrait être utilisée⁽⁶⁾.

14. — Le droit au nom, droit de propriété. Intérêt de la discussion.

La théorie que nous venons de résumer avait été élaborée pour réagir contre la conception jurisprudentielle : cependant, la jurisprudence est restée pratiquement immuable et les auteurs ont généralement abandonné pour d'autres théories cette théorie négative, qui absorbe l'action en contestation de nom dans l'action délictuelle.

La jurisprudence, avec certains auteurs, voit dans le nom un bien de nature immatérielle, elle conclut que l'action protectrice du nom est une action en revendication : le nom constitue un objet de propriété, le titulaire peut en jouir et en disposer de la façon la plus absolue. Il faut repousser cette théorie, car la propriété du nom serait une propriété présentant les caractères inverses de la propriété ordinaire⁽¹⁾. Il est curieux de trouver une pro-

(4) Voir Perreau : Le droit au nom, p. 61 à 65. — Sudre, thèse, p. 97, 98, 202, 203, 209 et suiv.

(5) Voir Perreau : Le droit au nom, p. 23 à 27.

(6) Nous nous contentons ici de poser ce problème que nous voulons étudier dans son ensemble.

14. — (1) Planiol et Ripert : Tr. élém. I, n° 397. — Colin et Capitant, I, n° 363. — Josserand, I, n° 217. — Savatier : Les personnes, n° 114. — Beudant et Batiffol, n° 415, p. 290. — Perreau : Le droit au nom, p. 26, note 4. — Sudre, th. précitée, p. 82 (erreur historique de la théorie du droit de propriété). — Bulletin Soc. d'Et. législ., 1928, p. 32-33 (rapporteur M. Hamel).

priété inaliénable, imprescriptible. Quel serait, d'autre part, le sujet du droit de propriété ? Le nom est commun à toute une famille, mais un étranger à la famille peut être homonyme. Peut-on parler de copropriété, d'indivision ? La famille n'a pas de personnalité juridique, et d'autre part il n'y a pas là d'objet matériel sur lequel la multiplication des droits crée des limitations abstraites. Le parallélisme entre la succession à la propriété et la transmission du nom est une illusion : le nom est transmis au fils par le père avant le décès, l'usage leur en est commun.

Si l'accord régnait autrefois entre la jurisprudence et la doctrine⁽²⁾, il n'en est plus de même aujourd'hui. C'est ainsi qu'on a vu M. Labbé⁽³⁾ critiquer la théorie du droit au nom, envisagé comme droit de propriété *sui generis*, tandis que M. Salveton⁽⁴⁾ reconnaissait que c'était là une propriété privée de quelques-uns de ses avantages. Parlons de quasi-propriété, dit M. Coste ; certes le nom est une *res extra commercium*, pense M. Bouvy, mais j'adopte le mot propriété en raison de la pauvreté de la langue juridique⁽⁵⁾. M. Tournade⁽⁶⁾ a lutté habilement

(2) Voir : Merlin V° Nom, par. 2, 1. — Proudhon, Traité du domaine de la propriété, tome I, n° 12 (1839). — Lionel Laroze, Ann. Prop. ind., 1882 ; thèses de MM. Salveton (1887), Dubois de Bélair, Douriez (1902) ; S. 1903.1.505, note Naquet sous Civ. 10 nov. 1902.

(3) Note S. 1884.2.21. — Comparer B. Lacantinerie : Précis de droit civ., 10^e éd., n° 124, 4^e, p. 81 ; Lallier : De la propriété des noms et titres, 1890, n° 3, p. 6. — M. le Professeur Perreau range à tort Labbé parmi les partisans du droit de propriété *sui generis* (Perreau, *op. cit.*, p. 26, note 4), voici ce que nous lisons dans la note de Labbé, col. 1 et 2 : « C'est d'une façon assez inopportune que le jugement du 15 février 1882 a répété après tant d'autres documents judiciaires que le nom patronymique constitue une propriété. Le tribunal affirme en même temps que chacun a le droit de défendre son nom contre toute atteinte dans la limite de son intérêt : cette phrase est à notre avis excellente et peut servir de principe dans la cause ».

(4) Salveton : Le nom en droit romain et en droit français, thèse Lyon 1887, p. 305. — Cf. Dubois de Bélair : Les noms de famille dans la législation actuelle, thèse 1898, p. 173 ; Pouillet, Tr. des marques de fabrique, livre II, n° 375.

(5) Coste : Le nom des personnes au point de vue civil, thèse Aix, 1904. — Bouvy : Des noms de personnes, thèse Paris, 1884.

(6) Tournade : Etude sur le nom de famille et les titres de noblesse, thèse 1882 ; cf. Humblot : Des noms, prénoms et pseudonymes, Paris-Liège, 1892, p. 162 et suiv., n° 224.

contre la théorie de la propriété, et avec la doctrine récente, nous abandonnerons à notre tour cette conception; ne nous attardons pas à discuter une thèse que personne en réalité ne soutient et qui ne porterait que sur des mots; les juristes qui se proclament ses plus chauds partisans admettent que cette propriété n'en est pas une; n'en parlons plus, s'exclame M. Perreau, et cherchons ailleurs le fondement du droit au nom⁽⁷⁾.

La jurisprudence, certes, admet la théorie du droit de propriété; mais si de nombreuses décisions emploient le mot de propriété⁽⁸⁾, d'autres distinguent le droit au nom du droit de propriété⁽⁹⁾; d'autres observent que la pré-

(7) Perreau : *op. cit.*, p. 27, chap. II, par. I *in fine*.

(8) Voir not. Civ. 25 oct. 1911, D. P. 1912.1.208, S. 1912.1.95.

Parlent de « propriété » les décisions suivantes :

Trib. civil de Brive, 25 oct. 1922, *Gaz. Pal.* 1922.2.556.

Trib. civil Le Havre, 9 fév. 1924, *Gaz. Pal.* 1924.1.643.

Trib. civil Seine, 1^{er} déc. 1926, *Gaz. Trib.* 17 février 1927.

Trib. civil Marseille, 19 juil. 1930, *Gaz. Pal.* 1930.2.348.

Trib. civil Seine, 24 oct. 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.794.

Parlent de « propriété », mais précisent qu'une confusion doit être possible, en raison des circonstances de fait, pour que l'on fasse droit à la demande du porteur de nom :

Bourges, 8 mars 1921, *Gaz. Pal.* 1921.1.412.

Tribunal civil de Rennes, 29 mai 1925, *La Loi*, 8 juillet 1925.

Tribunal civil Seine, 23 juin 1930, *Gaz. Trib.*, 27 déc. 1930.

Trib. civil Seine, 27 avril 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.167.

Tribunal civil Rouen, 20 février 1933, S. 1933.2.133.

Parlent de « propriété » à propos du pseudonyme, ce qui marque une extension de cette notion de propriété :

Tribunal civ. Seine, 28 novembre 1927, *Gaz. Pal.*, 1928.1.14.

Paris, 10 décembre 1931, S. 1931.2.44.

Voir *Rev. Crit.* 1932, p. 403, Chronique de M. Savatier.

Trib. civ. Seine, 22 mai 1935, *Gaz. Pal.* 1935.2.284.

Voir à propos de la conception que se fait la jurisprudence de la « confusion » possible :

Req. 14 avril 1934, *Gaz. Pal.* 1934.2.22 ; D. H. 1934, 265.

Req. 11 février 1935, S. 1935.1.163.

Signalons enfin comme décisions intéressant la matière, tout au moins indirectement :

Civ., 6 mars 1923, D. 1923.1.81.

Civ. 20 février 1924, S. 1924.1.335, note Savatier (page 81, col. 1).

Paris, 23 mai 1924, D. 1925.2.9, note Savatier.

Trib. civ. Seine, 13 nov. 1933, D. H. 1934, p. 47.

Décisions d'où l'on peut tirer la notion du nom institution de police civile :

Req., 10 avril 1933, S. 1933.1.178.

Req. 2 juillet 1935, D. H. 1935.525 ; S. 1935.1.327.

(9) Riom, 2-9 janvier 1865, D. 1865.2.17 ; S. 1865.2.7. — Bruxelles, 30 décembre 1893, *Pas. belge* 1894.2.155 ; Bruxelles, 10 janvier 1900, *Pas. belge* 1901.2.37. — Voir également Perreau, *op. cit.*, p. 30, note 1.

tendue propriété du nom est d'une nature spéciale⁽¹⁰⁾, et l'arrêt de la Chambre civile du 6 mars 1923 ne s'appuie pas sur la notion de propriété pour accueillir l'action du demandeur contre un usurpateur. Il n'est donc pas impossible que la jurisprudence en arrive à étayer ses décisions sur la notion de personnalité.

La théorie négative et la théorie du droit de propriété sont deux conceptions antithétiques, nous les retrouverons fréquemment au cours de l'étude des situations juridiques extrapatrimoniales ; très souvent aussi, on parle de propriété *sui generis* : du moment que le mot de propriété n'a plus sa signification ordinaire, nous croyons avoir affaire ici à une figure de langage, non à une base de raisonnement juridique. La seule question qui se pose est de savoir si la fiction conserve une utilité pratique.

Pour certains auteurs, l'intérêt de savoir si le nom est véritablement l'objet d'un droit de propriété est le suivant : la personne qui le porte pourrait, dans ce cas, le faire respecter par autrui, sans avoir à prouver que l'usurpation lui cause un dommage ; ce dommage existerait, par cela seul qu'il y aurait empiètement sur un droit de propriété ; ainsi l'avantage de la thèse jurisprudentielle serait de permettre au titulaire de ce droit de propriété de s'opposer à tout empiètement de la part des tiers, sans avoir à justifier d'un préjudice subi. Certaines décisions s'inspirant de l'idée de propriété des noms n'exigent, en effet, la preuve d'aucun dommage déterminé⁽¹¹⁾.

La divergence est peut-être plus apparente que réelle, note M. Savatier. La jurisprudence dispenserait le plaignant de justifier d'un intérêt quelconque ; en effet, le propriétaire peut s'opposer à tout empiètement de la part des tiers, sans avoir à justifier d'un intérêt ; au contraire, avec la théorie délictuelle, il faudrait établir la preuve

(10) Cass. belge, 7 avril 1888, *Pas.* 88.1.166. — Civ., 6 mars 1923, *D. P.* 1923.1.81.

(11) Savatier : *Les personnes*, n° 116, p. 126 et note 4. — Planiol et Ripert : *Tr. élém.*, tome I, n° 400.

d'un intérêt moral⁽¹²⁾. Sans même avoir à faire la preuve d'un *intérêt pécuniaire*, l'action sera toujours accordée, il s'agit de savoir, en vérité, si l'on doit exiger ou non la preuve d'un *intérêt moral* à l'action.

La plupart des décisions qui affirment l'inutilité de la preuve d'un intérêt sont relatives, soit à des cas de concurrence déloyale que le demandeur a un intérêt évident à dénoncer, soit à la défense de noms à particule, où l'intérêt moral du porteur de nom à particule est encore évident : il consiste à empêcher des usurpateurs d'employer le même nom, cet usage diminuant la rareté du nom, et pouvant faire douter de son bon aloi⁽¹³⁾.

Il semble donc que l'affirmation selon laquelle le porteur du nom peut agir sans faire preuve d'un intérêt, soit de pure forme, et M. Savatier poursuit⁽¹⁴⁾ : « En réalité, cet intérêt existe si bien que même les décisions qui le disent inutile prennent souvent grand soin de le constater et vont parfois jusqu'à ajouter que, s'il s'était agi d'un nom banal, son titulaire n'aurait pas eu d'action⁽¹⁵⁾. On constate de même, qu'au cas d'action intentée contre un écrivain qui a donné un nom patronymique à un personnage, ou qui a usé de ce nom comme pseudonyme, c'est toujours la question du préjudice causé qui décide les tribunaux à ordonner ou non la suppression du pseudonyme et le changement de nom du personnage⁽¹⁶⁾. Le préjudice paraît donc bien être la première condition de l'action contre l'usurpateur d'un nom ».

M. Perreau, dans son beau livre « Le Droit au nom en matière civile », fait une distinction entre le préjudice et

(12) Voir Josserand, tome I, n° 221, 2°, C.

(13) Savatier, n° 116, p. 127.

(14) Savatier : Les personnes, n° 116, p. 127.

(15) Voir Rouen, 10 nov. 1909, *D. P.* 1911.2.165; *S.* 1912.2.177.
note E. H. Perreau. — V. Chron. Gaudemet. *Rev. trim. dr. civ.*, 1927, p. 411, n° 1 (aff. du duc de Brissac). — Comp. Req. 7 déc. 1909, *S.* 1912.1.245, *D. P.* 1910-1.48.

(16) Savatier : n° 116, p. 127, note 2. — V. Req. 11 fév. 1935, *S.* 1935.1.163.

(17) Perreau : Le droit au nom en matière civile, p. 59, bas de la page ; voir Blondel : Etude juridique sur le nom patronymique, thèse Paris 1905, p. 150, 152, 180 et note A. Colin, *D. P.* 1904.2.2.

l'intérêt à l'action ; il se défend ⁽¹⁷⁾ d'avoir employé l'un pour l'autre ces deux mots ; soit, mais comme nous l'avons démontré, la seule portée du problème est la suivante : faudra-t-il ou non, faire la preuve d'un intérêt moral à l'action ? Il est entendu que la preuve d'un intérêt pécuniaire n'est jamais indispensable. L'intérêt dans une action, dit M. Perreau, consiste dans l'avantage que procure au demandeur le succès de sa poursuite : une personne a un intérêt suffisant à poursuivre l'usurpateur de son nom, chaque fois que cette homonymie irrégulière l'expose à des confusions quelconques dans l'esprit du public. Mais par cela seul que des confusions la menacent et qu'elles ne sont pas de son goût, elle n'éprouve pas ou n'éprouvera pas nécessairement dans l'avenir un dommage pécuniaire ou moral ; rien n'assure, par exemple, que sa réputation menace d'en être altérée en quoi que ce soit ⁽¹⁸⁾.

Mais le préjudice n'est-il pas le déplaisir causé à cette personne par une homonymie irrégulière, homonymie qui n'a pas d'inconvénients matériels, mais qui en a d'ordre psychologique, et d'ailleurs n'y a-t-il pas dans l'exemple de M. Perreau un cas-limite ? Si la réputation n'est pas menacée, elle risque toujours de l'être par suite d'un écart de conduite du porteur irrégulier du nom ; pour éviter à ce moment la confusion, il faudra faire insérer dans la presse des *distinguo* subtils ; n'est-il pas plus simple d'agir de suite ? Il y a préjudice moral à être confondu avec un autre individu ⁽¹⁹⁾.

Même dans ce cas, donc, on peut admettre qu'il existe un préjudice moral, car, comme l'avoue M. Perreau lui-même ⁽²⁰⁾, peut-être se trouve-t-on tellement près de l'opinion adverse que la discussion devient inutile en allant au fond des choses. Pour conclure, il nous semble qu'un intérêt majeur n'est pas engagé dans la discussion : seule une légère nuance découlera de l'adoption de l'une ou

(18) Perreau, *op. cit.*, p. 60.

(19) Req., 14 avril 1934. *D. H.* 1934.265 (motifs) ; *S.* 1934.1.220.

(20) Perreau, *op. cit.*, p. 60 et notes 1 et 2.

l'autre théorie : si vous acceptez la notion d'un droit au nom, quelle que soit sa nature, le simple trouble causé sans droit à votre droit sera déjà un préjudice moral ; mais si vous repoussez la conception d'un droit au nom, la jurisprudence sera un peu plus difficile pour admettre l'existence d'un intérêt moral à l'action.

Quand peut-on parler de droit extrapatrimonial ? Nous avons réservé ce problème capital mais nous avons déjà laissé entendre que nous adoptions la théorie qui fait du nom un droit véritable⁽²¹⁾ : nous avons éliminé la conception du droit au nom envisagé comme droit de propriété ; quelle est donc la nature juridique du droit au nom ?

15. — Le nom, marque distinctive de la filiation. Action d'état.

Le droit au nom existe, il n'y a pas une simple action délictuelle pour protéger le nom. Le nom n'est pas uniquement, nous l'avons montré plus haut, la marque de la filiation ; l'action relative au nom n'est donc pas une action en réclamation d'état. Les auteurs qui soutiennent cette théorie⁽¹⁾ ne peuvent l'appliquer à toutes les hypothèses pratiques ; le rapprochement du nom et de l'état des personnes est fort juste, mais il ne faut pas arriver à l'identification complète : une théorie trop radicale serait contraire à la réalité⁽²⁾.

La conception que nous venons d'énoncer est incomplète : en ne voyant dans le nom que la marque de la filiation, on méconnaît que pour nommer un individu, il ne suffit pas de savoir qu'il se rattache à une famille ; il faut encore connaître le nom de celle-ci. Comment expliquer alors le droit d'un individu sur le nom qu'il a été autorisé à prendre par décret, et qui n'est nullement la

(21) Cf. Savatier : Les personnes, n° 114, p. 124.

15. — (1) Voir Colin et Capitant, Cours, tome I, n° 363. — Note Colin, D. 1904.2.1. — Comparer Capitant : Introduction, n° 131.

(2) Perreau, *op. cit.*, p. 31, 2°.

manifestation d'une filiation, interroge M. Savatier⁽³⁾ ? La constatation que le nom fait partie de l'état s'impose dès l'abord, mais ne résoud aucun problème.

Sans doute le nom se détermine-t-il ordinairement par la filiation, mais la femme mariée prend le nom de son époux, l'enfant trouvé celui que l'on veut bien lui attribuer, certains noms sont conférés par décret. L'importance du nom dépasse de beaucoup l'ordre d'idées de la filiation, dit M. Josserand⁽⁴⁾. Il est révélateur de la situation d'un individu dans la famille et dans la société, il donne la clef de la personnalité tout entière. Mais, peuvent objecter les défenseurs de la théorie du nom envisagé comme marque distinctive de la filiation, faisons un compromis : en ce qui concerne le nom patronymique, sauf situations exceptionnelles, le nom s'acquiert par filiation ; au contraire, lorsqu'il s'agit d'un autre élément de la désignation des personnes (prénom, pseudonyme, nom du mari ou de la femme), la situation est tout autre : la désignation en question n'est pas le signe distinctif et extérieur de la filiation, il existe alors un droit inhérent à la personnalité de l'homme⁽⁵⁾. Nous n'admettons pas cette distinction ; d'ailleurs nous connaissons des exceptions, qui dérogent à cette théorie même ainsi limitée. Acceptons une théorie unique en tenant compte de cette idée de défense de la personnalité.

16. — Le droit au nom, droit extra-patrimonial.

Avec la majorité de la doctrine actuelle, nous croyons que le droit au nom est un droit extrapatrimonial ; le droit au nom s'impose comme une conséquence du respect dû à l'individualité de chacun : l'homme a le droit d'exiger des tiers la reconnaissance et le respect de sa personne comme individualité distincte, d'empêcher toute confusion

(3) Savatier : Des personnes, n° 114, p. 124.

(4) Josserand, Cours I, n° 218.

(5) Colin et Capitant I, 8^e éd., p. 371 (bas) et 372, n° 363.

avec d'autres personnalités ; ce droit au nom, c'est le droit pour l'individu d'être lui-même : c'est un droit à l'individualité, et également à la personnalité, car le nom-étiquette servant à distinguer les uns des autres, les diverses individualités, est en même temps un patrimoine moral ; ne perdons pas de vue que le but du nom est, tout en désignant l'individu, d'indiquer en même temps son origine ; certains éléments du nom appartiennent à la personne, moins comme individu que comme membre de la famille⁽¹⁾.

Que le nom soit individuel ou familial, c'est toujours le respect de la personnalité propre à chacun que l'on veut protéger contre les atteintes des tiers en parlant de droit au nom. La base du droit au nom est essentiellement unie à la personne ; elle concerne exclusivement les intérêts propres de la personnalité, et est étrangère à toute idée patrimoniale.

Le droit au nom est totalement attaché à la personnalité⁽²⁾. Saleilles, dans une étude connue⁽³⁾, l'a qualifié, à la suite des jurisconsultes allemands, de droit de la personnalité ; il n'est nullement nécessaire de qualifier le droit au nom de propriété pour justifier certaines décisions de jurisprudence ; l'erreur ancienne était de croire que le nom ne serait que l'occasion de droits et non l'objet d'un droit, si on ne lui appliquait pas la théorie de la propriété⁽⁴⁾ ; un droit au nom existe, c'est un droit d'une autre nature que le droit de propriété. Ce droit correspond

16. — (1) Perreau, *op. cit.*, p. 30, B. 1°, p. 33, 3° ; Colin, *D.* 1904, 2, 1, col. 2. — Capitant : Introduction, n° 131.

(2) Voir Perreau, *op. cit.*, p. 36, 2°. — Josserand, tome I, Cours n° 219, comparer avec le n° 205. — Savatier, n° 114, p. 124 et note 1. — Colin et Capitant, n° 363 *in fine*. — Beudant : Cours de Droit civil français, 2^e édition publiée par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, tome II : L'état et la capacité des personnes, volume I, avec la collaboration de Henri Batiffol, n°s 414, 415 et 416. — *D.* 1923.1.81, note Savatier.

(3) Saleilles : Le droit au nom individuel dans le Code Civil allemand. *Rev. crit.* 1900, p. 94. — Comparer Perreau, *op. cit.*, p. 29, note 2. — Henri Baley : La défense du droit au nom patronymique, *thèse* Rennes 1930, p. 35. — Hémar : Précis élém. de droit civ., t. I (le nom).

(4) Beudant et Batiffol, *op. cit.*, n° 415, p. 290.

à un intérêt moral ; il y a, en effet, nécessairement préjudice moral à être confondu avec un autre individu ⁽⁵⁾.

La recherche de la nature juridique d'un droit suppose la possibilité de le ramener à une catégorie plus générale : le droit au nom fait partie des droits extrapatrimoniaux. Le nom, certes, est une institution de police civile ⁽⁶⁾, mais le nom attribué à l'individu devenant l'une des manifestations les plus évidentes de sa personnalité, puisque c'est « autour de ce nom que l'individu cristallise tout un ensemble d'intérêts, de droits, de sympathies, de forces agissantes » ⁽⁷⁾, sera protégé par un droit de nature extrapatrimoniale, mis à la disposition du titulaire du nom pour sa défense contre les usurpations d'autrui. L'idée de police civile conduira cependant le législateur à protéger les tiers contre le titulaire du droit au nom ; dans certains cas comme corollaire du droit reconnu à l'individu, il est nécessaire de réglementer les procédés par lesquels l'autorité sociale peut imposer à chaque membre de la collectivité l'obligation de conserver le nom qu'il tient de la loi.

Le droit au nom est en conclusion un droit extrapatrimonial ; la notion d'intérêt des tiers, celle de l'ordre public, pourront parfois exercer une influence sur l'exercice de ce droit extrapatrimonial ⁽⁸⁾.

SECTION 2

LE DOMICILE

17. — Définition. Division.

Le domicile complète l'identité de la personne que le nom avait contribué à assurer ; de même que tout individu

(5) Req. 14 avril 1934, *D. H.* 1934.265 ; *S.* 1934.1.220.

(6) Req. 10 avril 1933, *S.* 1933.1.178 ; Civ. 2 juillet 1935, *D. H.* 1935.525 ; *S.* 1935.1.327.

(7) Hamel : Rapport Bulletin Soc. Et. législatives 1927, p. 117.

(8) Voir Req. 10 avril 1933, *S.* 1933.1.178 ; Req. 2 juillet 1935, *D. H.* 1935.525 ; *S.* 1935.1.327.

a un nom ⁽¹⁾, de même il doit avoir un siège légal où il sera considéré comme étant toujours présent, alors qu'en fait il s'en trouverait momentanément éloigné ⁽²⁾. Cette formule met en relief la nature fictive du domicile ; le domicile d'un particulier n'est pas influencé par les voyages qu'il effectue ; de même, dit M. Josserand, le siège d'un gouvernement reste immuable, malgré les déplacements des ministres. Le domicile a un caractère de fixité, de permanence, donc de fiction.

Nous étudierons en deux paragraphes, les intérêts pratiques du domicile et sa nature juridique.

Paragraphe premier

INTERETS PRATIQUES DU DOMICILE

18. — Intérêts des tiers, intérêts de la personne domiciliée.

Les divers intérêts pratiques de la détermination du domicile en droit privé ⁽¹⁾ sont importants. Il faut considérer le domicile à deux points de vue :

— 1° Le domicile d'une personne constituée, *aux yeux des tiers*, le lieu de son habitation et son centre d'affaires.

Comme lieu d'habitation, il permet aux tiers de se dispenser de rechercher la personne qu'ils ont à toucher par une signification (art. 68, 69 Cod. Pr. civ.). Peu importe, dès lors, que la personne se trouve effectivement ou non à son domicile, pourvu qu'elle soit juridiquement fixée en ce lieu : les actes qui lui sont adressés à cet endroit sont censés l'atteindre de toute façon.

Comme centre d'affaires, le domicile détermine, dans l'intérêt des tiers, le lieu où doivent être publiés ou faits

17. — (1) Voir n° 10.

(2) Josserand : Cours, tome I, n° 223.

— 81 — (1) Sur les effets du domicile en droit pénal, voir Pierre Cassagne : La notion de domicile et ses effets principaux en droit pénal, thèse Nancy 1937.

certaines actes qu'ils ont intérêt à connaître : les mesures de publicité consistent en affiches, en insertions dans les journaux ; elles concernent principalement l'état ou la capacité de la personne, l'exercice de certains droits tels que l'adoption, la tutelle, l'émancipation, le mariage, les opérations de liquidation globale des affaires d'une personne, en matière de faillite, de succession, d'ouverture de la tutelle ou de liquidation de communauté ; elles se font au lieu du domicile de la personne dont il s'agit⁽²⁾.

— 2° *Eu égard à la personne domiciliée*, le domicile est également pris en considération comme lieu d'habitation et comme centre d'affaires. Comme lieu d'habitation, il détermine la compétence des tribunaux en matière personnelle-mobilière ou extrapatrimoniale (art. 59 C. Pr. civ.) ; il intéresse, comme centre d'affaires, la demande en paiement faite au débiteur (art. 2047 C. civ.) et le protêt en matière de lettre de change (art. 173 C. Com.), le droit de servir de témoin dans les actes notariés (loi 25 ventôse an XI, art. 9), le droit de servir de caution judiciaire (art. 2018 C. civ.), la détermination du temps requis pour prescrire la propriété immobilière (art. 2265 C. civ.), l'acquisition de la nationalité française (art. 8, 9, 13 C. civ.) et des droits civils reconnus par l'article 11, l'application dans certains cas de la législation spéciale à l'Alsace-Lorraine ; en droit international privé, il déterminait autrefois le statut personnel de l'individu, il le détermine encore dans le droit anglo-saxon dont notre jurisprudence tient parfois compte, par suite de la théorie du renvoi ; nos tribunaux font dépendre du domicile du *de cujus*, la loi applicable à sa succession mobilière ; enfin le domicile des parties intervient pour déterminer la loi applicable à leurs conventions, toutes les fois que le choix de cette loi résulte de leur volonté présumée⁽³⁾.

(2) Savatier : Des personnes, n° 147 B. Cf. Planiol et Ripert, Tr. élém., I, n° 558 à 565.

(3) Savatier, n° 148, p. 168. note 1, et les thèses sur le domicile en droit international privé.

Paragraphe 2

NATURE JURIDIQUE DU DOMICILE

19. — Controverse : Le domicile est un lieu ; part de fiction de la notion française de domicile.

Nous avons, dès la définition, montré le caractère fictif de la notion juridique de domicile. Il nous faut ici prendre parti : le domicile est-il un lieu ? Nous le pensons avec MM. Planiol, Ripert et Savatier⁽¹⁾. Aubry et Rau avaient défini le domicile « la relation existant entre une personne et un lieu », mais on reconnaît l'erreur en essayant de remplacer le mot domicile par l'expression d'Aubry et Rau, dans les divers articles du Code civil⁽²⁾.

Cependant, il y a lieu de tenir compte des idées d'Aubry et Rau, pour corriger dans une certaine mesure l'affirmation première : le domicile est un lieu, mais c'est un lieu où la personne est censée se trouver, aux yeux de la loi, pour l'exercice de certains droits et l'accomplissement de certains actes⁽³⁾. De la constatation de fait, le Droit tire une notion fictive. Le domicile est une notion juridique de classement, et comme moyen d'individualisation de la personne, il se rattache à l'état : les tribunaux administratifs en ont déduit leur incompétence en cette matière⁽⁴⁾.

En tout cas, nous pouvons parler de fiction, car « la notion de domicile en Droit français n'est fondée qu'accès-

19. — (1) Savatier : Des personnes, n° 137, p. 155. — Planiol : Tr. élém. I, n° 554, 555. — Colin et Capitant, I, n° 421. — de Savigny, Tr. de droit romain, t. 8, p. 61. — Les personnes morales ont un domicile qui les situe juridiquement, au point de vue de la compétence des tribunaux, des significations qui leur sont adressées, de l'ouverture de la faillite, sous réserve de la jurisprudence dite « des gares principales ». — Voir Savatier, n° 82, p. 86 et note 1.

(2) Aubry et Rau, I, page 881 (5^e édition). — Réfutation de l'opinion par Planiol et Ripert, Tr. élém., I, n° 555.

(3) Voir Colin et Capitant, I, n° 421. — Beudant et Batiffol, n° 426, p. 302. — Cf. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Tr. I, p. 644. — Josserand, I, n° 236.

(4) Cf. Savatier : Des personnes, n° 137, p. 155 et 156, note I, p. 156.

soirement sur le séjour, elle repose essentiellement sur la détermination du lieu du principal établissement et du centre des affaires des intéressés » ⁽⁵⁾. En conclusion de cette controverse, nous ne pouvons admettre sans correction la théorie selon laquelle le domicile est un lieu ; c'est le lieu où chaque personne est réputée constamment présente, même si elle ne s'est jamais rendue en ce lieu : ce peut être le cas du fonctionnaire nommé à vie, ou de la femme qui épouse un mari domicilié dans une autre ville. Ce concept d'ordre intellectuel procède d'une fiction, répétons-le. Ce n'est pas le lieu où la personne réside, mais le lieu où la rattache cet ensemble d'intérêts que constitue le principal établissement ; ce lieu est parfois en même temps le siège de sa résidence, mais elle peut résider sur un point autre que celui où elle a son principal établissement ⁽⁶⁾.

20. — Conséquences de la conception française du domicile. Réaction de la pratique.

La conception française du domicile a conduit les auteurs à admettre deux principes qui sont incontestables au point de vue logique, mais peu défendables sur le terrain des faits.

1° *Une personne ne peut pas ne pas avoir de domicile* : logiquement cela est exact. Déjà dans l'Ancien Droit, Argou déclarait que régulièrement il n'y avait point d'homme qui n'eût un domicile, comme il n'y avait point de corps qui n'eût de lieu ⁽¹⁾. Aubry et Rau ont repris cette opinion après la promulgation du Code, et ils en ont fait une conséquence de leur théorie sur la personnalité humaine : puisque la personnalité, ont-ils dit, attribue ses caractères à toutes les institutions qui la touchent, du fait

(5) Cour de Paris, 28 oct. 1935, *D. H.* 1936, 25 ; *Rev. crit. droit international* 1937, p. 81.

(6) Colin et Capitant, *Cours*, I, n° 423, p. 436.

20. — (1) Argou : *Institution du droit français*, t. I.

qu'elle existe, il s'ensuit qu'elle a nécessairement un domicile. Mais quoique la loi soit formelle, on est, malgré tout, contraint de constater qu'il existe des personnes sans domicile : toute personne en vérité a en général un domicile d'origine, mais à quoi servirait de rattacher un nomade à un lieu avec lequel il n'a plus aucun lien, aucune attache ? La loi elle-même a prévu cette éventualité et l'on cite traditionnellement les articles 2, 59, 69, alinéa 8, du Code de Procédure civile.

Cependant les exceptions sont rares, elles ne concernent qu'une catégorie restreinte et spéciale d'individus : la règle générale n'est en rien infirmée. Le domicile est donc nécessaire, obligatoire. Tout être venant au monde acquiert automatiquement le domicile de ses parents, son domicile d'origine.

Le domicile s'il se déplaçait constamment n'aurait plus aucun intérêt pratique : il est donc fixe. L'individu majeur conserve aux yeux de la loi son domicile d'origine tant qu'il n'en a pas choisi un autre. L'ancien domicile n'est considéré comme abandonné que si les deux conditions fixées par l'article 103 du Code civil sont remplies, c'est-à-dire, d'une part, le fait d'une habitation en un lieu nouveau, d'autre part, l'intention d'y fixer son principal établissement. L'existence d'une habitation au lieu du transfert prétendu est facile à contrôler.

Comment prouver le caractère d'établissement principal donné à cette habitation ? La preuve de l'intention peut résulter de certaines formalités, par exemple de la déclaration prévue à l'article 104 du Code civil (2) ; à défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention de transférer le principal établissement dépendra des circonstances (3).

(2) Savatier : Des personnes, n° 161, p. 180.

(3) Cf. Savatier : Des personnes, n° 162, 163. — Arrêts récents : Req. 3 janvier 1923, *D. P.* 1923.1.187 ; Req. 24 décembre 1929, *S.* 1930.1.173 ; Req. 28 avril 1931, *D. H.* 1931.333 ; Civ. 13 mars 1933, *S.* 1933.1.150 ; Req. 29 juillet 1935, *D. H.* 1935.556 ; Req. 24 février 1936, *D. H.* 1936.177 ; Req. 29 juillet 1936, *D. H.* 1936.474.

2° *Une personne ne peut avoir qu'un seul domicile :* l'article 102, par la définition même qu'il donne, prouve que si une personne a plusieurs établissements, elle n'aura pourtant qu'un domicile ; la discussion qui s'est élevée lors des travaux préparatoires ne laisse pas place à la controverse, et Tronchet au Conseil d'Etat, Malherbe au Tribunal affirmèrent contre Malleville le principe de l'unité du domicile. La loi parle du changement de domicile, non de l'adjonction d'un nouveau domicile à l'ancien.

La pratique, certes, apporte des atténuations au système légal, lequel, si certain qu'il soit, a cependant des inconvénients : des cas spéciaux avaient dû être admis par la loi elle-même laquelle institua, à côté du domicile général, le domicile élu et créa en outre des domiciles spéciaux, déterminés le plus souvent par la résidence ; mais c'est surtout la jurisprudence qui, pour adapter le système élaboré en 1804 aux besoins nouveaux créés par la pratique, introduisit des dérogations importantes : pour les personnes morales en particulier, c'est la théorie jurisprudentielle dite des sièges secondaires ou des gares principales (4) ; c'est en général un large appel à l'idée d'élection tacite de domicile (5), correction naturelle du principe de l'unité du domicile général ; c'est la coutume judiciaire courante du domicile apparent (6), et les tribunaux, méconnaissant les conditions juridiques de l'apparence, rapprochent cette notion de l'élection tacite de domicile : l'une et l'autre expriment la réaction de la pratique contre la théorie française de l'unité du domicile (7).

En conclusion, cette matière du domicile est en voie de transformation ; elle est liée comme la matière des actes de l'état civil à la question du casier civil ; elle y trouve-

(4) Voir Savatier, n° 144, 145.

(5) Voir Savatier, n° 168.

(6) Voir Savatier, n° 164 ; note Esmein, S. 1921.1.313 ; note Savatier, D. 1922.1.201.

(7) Voir note Demogue s/ Lille, 21 mai 1908, S. 1908.2.177.

rait évidemment des solutions plus précises que celles qui sont reçues à l'heure présente. Nous pouvons dire avec M. Gallizia⁽⁸⁾ que le domicile est le siège légal de l'activité juridique d'une personne, c'est-à-dire le *lieu* où, d'une part, elle est toujours *présumée* présente aux yeux de la loi, et où, d'autre part, l'on doit centraliser *fictivement* toutes ses affaires et tous ses intérêts.

21. — De la non-existence d'un droit au domicile. Cas spécial du domicile des étrangers.

Nous venons d'étudier la nature juridique du domicile ; pour nous, le problème se pose de la manière suivante : peut-on parler d'un droit au domicile ? Certes le domicile est une notion extrapatrimoniale, mais existe-t-il un *droit* extrapatrimonial ?

Le domicile, envisagé comme une nécessité d'ordre général, est obligatoire pour tout Français ; ce siège légal de la personne est une institution de classement. Peut-on parler d'un droit à cette institution de classement ?

A la vérité, l'expression « droit à un domicile » a été parfois employée, mais c'est là une expression impropre. C'est une erreur de voir dans le domicile l'objet d'un droit, alors que le moyen de situer les personnes est imposé dans l'intérêt public⁽¹⁾ ; le domicile est un fait dont la loi tire des conséquences de droit⁽²⁾.

L'expression « droit à un domicile », s'applique mieux, semble-t-il, au domicile des étrangers : un étranger peut-il avoir un domicile en France avec les conséquences lé-

(8) P. Gallizia : Du domicile général en droit français, *thèse* Grenoble 1930, p. 27. — Comparer Didier Gompel-Netter : La conception moderne du domicile de la femme mariée en droit privé français (essai sur l'évolution juridique de la notion de domicile), *thèse* Paris 1937, p. 3-19, 258-260. — Sur le caractère fictif de la notion, voir : Josserand, n° 236, tome I. — Beudant et Batiffol, n° 144, p. 314 (caractère fictif du domicile d'origine). — P. Gallizia : *op. cit.*, p. 29, 30.

21. — (1) Savatier : Des personnes, n° 140, p. 158.

(2) Beudant et Batiffol, n° 256, p. 167. — Colin et Capitant, I, n° 421, p. 433.

gales que le domicile entraîne ou bien n'a-t-il qu'une simple résidence ? Il avait certainement un domicile dans le cas prévu par l'ancien article 13 du Code civil ; la loi du 10 août 1927 avait abrogé ce texte. Nous restions en présence de l'article 102 du Code civil. S'appuyant sur l'existence de l'article 13, la jurisprudence, avant 1927, refusait aux étrangers, en dehors de son application, la jouissance de ce « droit civil » que constitue le droit d'avoir un domicile⁽³⁾. Cette solution, en elle-même critiquable, ne présentait pas trop d'inconvénients pratiques, parce que les tribunaux admettaient néanmoins qu'un étranger pût avoir un domicile de fait et y attachaient les mêmes effets qu'au domicile légal. Depuis la loi de 1927, l'article 102 du Code civil n'était plus applicable aux seuls Français⁽⁴⁾, mais le décret-loi du 12 novembre 1938 vient, dans son article premier, de bouleverser la matière du domicile des étrangers⁽⁵⁾.

Que dit l'article premier du décret-loi ? « Les étrangers ne peuvent bénéficier des droits dont l'acquisition, l'exercice ou la jouissance sont subordonnés par les textes législatifs ou réglementaires à des conditions de domicile ou de résidence en France, que si, au moment de l'acquisition, de la jouissance ou de l'exercice de ces droits, ils sont autorisés par les autorités administratives compétentes à séjourner sur le territoire français pendant une durée supérieure à un an... ».

On peut donc parler d'un « droit au domicile »⁽⁶⁾ puis-

(3) Voir not. Civ. 5 mai 1875, S. 1875.1.409. — Notes Savatier, n° 140.

(4) Répert. D. I. Priv. de Lapradelle Niboyet. Supplément 1934. V° Domicile, p. 73, col. 2. — Cour de Paris, 25 janvier 1938, D. H. 1938, 122. — Cf. note Nast, D. P. 1934.2.89 sous Besançon, 10 avril 1933.

Sur le domicile en D. I. P., voir :

Rev. crit. D. I. P., 1935, p. 625 et 626, n° 18 ; 1936, p. 46, n° 10 ; 1937, p. 81.

(5) Cf. Bernard Morice : Commentaire du décret-loi du 12 nov. 1938 relatif à la situation et à la police des étrangers, *Les Lois nouvelles* 1939, 1^{re} partie, p. 37 et suiv., nos 4 à 8.

(6) Voir Savatier, n° 140, p. 158 ; Beudant et Batiffol, n° 256, p. 167 et notes. — Répertoire de droit intern. de Lapradelle et Niboyet, tome V, p. 588, titre II : le droit au domicile. — Lerebours-Pigeonnière : Précis de droit international privé (Dalloz), 3^e éd. 1937, n° 158.

que l'étranger, pour acquérir un véritable domicile, doit être autorisé à séjourner en France pendant plus d'un an. Mais tout Français a un domicile : le domicile est une institution de classement, un élément de l'individualité ; cette notion extrapatrimoniale n'est pas l'objet d'un droit.

La matière du nom comprenait la théorie de la détermination du nom et le problème de la défense du droit au nom ; en ce qui concerne le domicile, le seul problème est de déterminer le domicile. L'individu de nationalité française tire des avantages indirects de telle ou telle détermination du domicile, mais il n'a pas un droit au domicile ; il demande seulement l'application d'une règle objective de classement.

SECTION 3

L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ

22. — Définition de l'état et de la capacité. La capacité, subdivision de l'état.

On appelle « *état* » d'une personne certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques ; la langue juridique ne considère comme éléments de l'état que les qualités inhérentes à la personne, à l'exclusion de celles qui se rapportent à la profession ou à la fonction et qui cependant comportent elles aussi des droits et des devoirs⁽¹⁾. L'état, *status* du droit romain, est la situation d'une personne par rapport aux deux grands groupements sociaux auxquels elle ressortit : la nation et la famille. Le Droit romain distinguait également le *status libertatis* ; ce concept juridique qui se ramenait à une opposition entre les hommes libres et les esclaves, a perdu aujourd'hui toute signification théorique et pratique.

22. — (1) Savatier : Des personnes, n° 13, p. 12.

La législation de certains pays prend en considération pour y attacher des effets juridiques l'élément « racial ». V. sur un nouvel aspect du « Risque politique » en assurance-crédit, le « Risque racial », l'article de M. R. Michel, *Rev. générale des Assur. terr.*, 1939, p. 18.

Quant au *status civitatis*, si l'opposition qu'il évoque dans l'esprit entre la situation des nationaux et celle des étrangers s'est sensiblement estompée au cours des siècles, il conserve néanmoins un caractère essentiellement pratique (2). Le *status familiae* a conservé toute son importance, car la personnalité d'un être humain est fortement influencée par la position qu'il occupe, dans la famille.

La « *capacité* » peut se définir l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits (capacité de jouissance), ou à exercer les droits dont elle est investie (capacité d'exercice). Les auteurs se divisent sur le point de savoir si la capacité est une subdivision de l'état (3) ou si, au contraire, il faut se garder de confondre ces deux attributs de la personnalité (4).

Quels sont les arguments invoqués par les jurisconsultes qui adoptent ce dernier point de vue ?

— L'état commande à la capacité, disent-ils, mais la réciprocité n'est pas vraie. L'argument est juste, mais porte-t-il ? Il est certain qu'il sera nécessaire de distinguer le *status familiae* de la capacité ; le problème apparaît comme de pure terminologie ; dans les deux cas, tout se ramène à une alternative : l'individu est français ou étranger, marié ou célibataire, enfant légitime ou naturel, mineur ou majeur, sain d'esprit ou interdit. D'ailleurs, ouvrons le Vocabulaire juridique (5) : nous trouvons le mot état *largo sensu* et *stricto sensu*.

— Toute personne a un état alors que certaines seule-

(2) Sur la nationalité des personnes morales, voir Savatier, n° 83, p. 86.

(3) En ce sens, Savatier, *op. cit.*, n° 14 et note 2, p. 13.

(4) En ce sens, Josserand I, n° 244. — Colin et Capitant I, n° 383. — Capitant : Introduction, n° 111 avec p. 144, note 1, une bibliographie complète des auteurs pour ou contre la distinction.

(5) Vocabulaire juridique, Les Presses Universitaires de France, Paris 1936. Voir Etat : I) Ensemble de qualités inhérentes à la personne que la loi civile prend en considération pour y attacher des effets, ex.: nationalité, mariage, filiation, parenté, alliance, nom, domicile, capacité ; II) En un sens plus étroit, l'état se sépare de la capacité : il se compose alors des qualités inhérentes à la personne, à l'exclusion de celles qui l'habilitent ou non à exercer elle-même ses droits ; III) Situation sociale de l'individu, ex.: code civil, art. 214.

ment sont incapables ; mais être incapable c'est être classé par rapport à son état individuel.

— Certains événements influent sur la capacité des personnes, mais n'intéressent nullement leur état : la réciproque est vraie, objecterons-nous ; une personne ne change pas nécessairement de capacité, lorsqu'une modification intervient dans son état.

En résumé, rien n'est plus facile de distinguer, si l'on veut, le *status* de la capacité, mais deux questions terminologiques viennent compliquer le problème : il manque un mot pour dénommer l'ensemble des qualités dont la loi tient compte, ensemble comprenant l'état et la capacité : le même mot état est employé tantôt *largo sensu*, tantôt *stricto sensu*. D'autre part, le même mot capacité est employé à propos de la capacité d'exercice (capacité proprement dite) et de la capacité de jouissance, expression franchement mauvaise !

L'intérêt pratique de la distinction entre état et capacité, qui seul pourrait la motiver, a été cherché sans grand succès, soit en Droit international privé ⁽⁶⁾, soit en matière de rétroactivité des lois ⁽⁷⁾. L'assimilation des deux notions, faite par quelques auteurs, a été admise par certains arrêts ⁽⁸⁾. En bref, nous envisagerons l'état aux trois points de vue suivants : 1° d'après les relations de la personne avec le groupement politique ; 2° avec le groupement familial ; 3° d'après la situation purement personnelle.

23. — Etat civil.

On appelle actes de l'état civil des actes authentiques destinés à fournir une preuve certaine de l'état des per-

(6) Comparer, notamment les définitions différentes de l'état des personnes, données dans le Répert. D. I. privé : tome 3, voir Capacité, titre I, chapitre 1, n° 1, p. 4 ; Tome 7, voir Etat et Capacité, chap. 1, n° 1, p. 653.

(7) Voir : Roubier, Les Conflits de lois dans le temps, tome II, p. 283-286, Sirey, Paris 1933.

(8) Civ., 21 février 1870, D. 70.1.299 ; 7 mars 1873, D. 73.1.243 ; 18 janvier 1876, D. 76.1.151.

sonnes ; ces actes sont inscrits sur des registres publics, tenus dans chaque commune par le maire ou par son délégué qui, dans l'exercice de cette fonction, prennent le nom d'officier de l'état civil. On a beaucoup écrit sur les vices de l'organisation actuelle ; et pour remédier au double inconvénient de l'insuffisance et de la dispersion des actes de l'état civil, on a proposé de constituer un casier civil⁽¹⁾, de manière à concentrer au greffe du lieu de naissance de chaque personne des renseignements complets sur son état.

Il ne faut pas confondre évidemment l' « état » et l' « état civil », c'est encore là une question de mots⁽²⁾.

24. — Nature juridique de l'état. De la non-existence d'un droit à l'état.

L'état est une situation juridique, ce n'est pas l'ensemble des droits et des obligations d'une personne⁽¹⁾. Cette situation juridique est extrapatrimoniale ; elle est établie sur des règles légales et elle peut d'ailleurs ne pas répondre à l'état naturel. Si parfois l'on tient compte de l'état naturel, seul l'état légal a en principe une valeur juridique.

Il ne faut pas confondre avec l'état, c'est-à-dire la qualification de la personne, les conséquences de cette qualification, les droits et obligations dérivant de l'état.

Ainsi cette notion d'état (*largo sensu*), est utile au classement de l'individu ; d'ailleurs elle est abstraite ; l'état en vérité n'est pas unique, il est multiple : les qualités de Français, de majeur, d'époux, de fils légitime sont des états juridiques⁽²⁾. Cette notion d'état des personnes est intéressante à connaître en raison seulement des effets juridiques qu'elle produit. Le problème consistera donc

23. — (1) Casier civil, voir Savatier, n° 176, p. 204 et la note (références).

(2) Vocabulaire juridique, voir Etat et Etat civil.

24. — (1) Savatier, n° 15, p. 13.

(2) Voir Planiol et Ripert, Tr. élém., I, n° 419 et suiv.

à déterminer l'état des personnes, puis à tirer de cette constatation les conséquences légales.

Peut-on dans ces conditions parler de droit à l'état comme droit extrapatrimonial ? Certes, il existe des actions d'état tendant à la constitution, à la destruction, à la déclaration d'un état, et les auteurs parlent du droit de faire déclarer un état. Mais les mêmes remarques s'imposent qu'en ce qui concerne le droit au domicile ; avec l'état, nous nous trouvons en présence d'une qualification des personnes, il est abusif de parler de droit, alors que cette qualification est imposée dans l'intérêt public⁽³⁾. Il y a un droit pour chacun de tirer les avantages légaux de la détermination de son état ou de son domicile, il n'y a pas de droit à l'état ou au domicile⁽⁴⁾.

SECTION 4

DU PATRIMOINE COMME ELEMENT DE L'INDIVIDUALITE

25. — Position du problème.

La personne a un nom qui sert à la distinguer, un domicile qui permet de la rattacher à un point déterminé du territoire, et plus généralement un état juridique qui est constitué par un ensemble de qualités multiples. Il est traditionnel d'adjoindre à ces éléments constitutifs la notion de patrimoine. On appelle patrimoine, l'ensemble des droits et des charges d'une personne appréciables en argent, envisagé comme formant une universalité de droit⁽¹⁾. C'est une unité abstraite ; le patrimoine est distinct des biens et des charges qui le composent. Ce qui caractérise la notion du patrimoine, c'est la cohésion qu'elle établit entre tous les éléments dont le patrimoine

(3) Cf. Savatier, n° 140, p. 158 (à propos du domicile). — Comp. Ripert, Cours professé à Paris, 1^{re} année de licence, 1931-32, p. 197 (à propos de l'état); voir également p. 196 (à propos de la nationalité).

(4) Voir, à propos de la capacité, l'analyse de la faculté d'acquisition, laquelle s'identifie avec la capacité civile, dans Lecompte, Essai sur la notion de faculté en droit civil, thèse Paris, 1930, p. 167 et suiv.

25. — (1) M. Picard : Les biens, n° 15, p. 19.

est formé. Cette cohésion explique le droit de gage général des créanciers, la transmission aux héritiers du patrimoine du *de cuius*, dans l'état où il se trouve (actif et passif), le principe de la subrogation réelle⁽²⁾ ; le fondement de cette cohésion, la doctrine classique le trouve dans la notion de personnalité.

26. — Théorie classique d'Aubry et Rau : relation entre l'idée de patrimoine et celle de personnalité.

D'après Aubry et Rau⁽¹⁾, l'idée de patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité, le patrimoine c'est une émanation de la personnalité, l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle.

D'où les principes suivants :

— les personnes seules peuvent avoir un patrimoine ;
— toute personne a nécessairement un patrimoine : patrimoine ne signifie pas richesse, il peut être une bourse vide et ne rien contenir⁽²⁾. Ainsi, de même que chaque personne a nécessairement un domicile, chacune a un patrimoine ;

— chaque personne n'a jamais qu'un patrimoine : il est un comme la personne : de même la personne n'a qu'un domicile ;

— le patrimoine est inséparable de la personne : il ne peut se produire aucune transmission du patrimoine à une autre personne tant que la personne vit.

Cette conception présente un caractère harmonieux et logique. Le patrimoine apparaît comme la projection de la personnalité, dans le domaine économique, ou selon l'expression d'Ihering, comme le sédiment économique

(2) Picard, *op. cit.*, n° 15.

26. — (1) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 5^e éd., t. IX, p. 333, n° 573 et suiv.

(2) Picard, *op. cit.*, n° 16, 2^e, p. 20.

de la personnalité⁽³⁾. Le patrimoine, sans jeu de mots, est donc une notion abstraite, extrapatrimoniale, car il se distingue des biens et des charges qui le composent ; ce n'est pas la balance de l'actif et du passif de l'ensemble des biens d'une personne, car cette balance se solde par un résultat positif ou négatif. Le patrimoine, c'est l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent, ayant pour sujet actif ou passif une même personne.

27. — Critique de la théorie classique par les auteurs récents. Conciliation.

La conception d'Aubry et Rau a fait l'objet de critiques justifiées⁽¹⁾, qui s'adressent à son caractère factice et abusivement logique : elle exagère, en effet, le lien existant entre la notion de patrimoine et celle de personnalité, au point d'identifier le patrimoine et l'aptitude à posséder. Cette doctrine a le grand tort d'être en contradiction avec des solutions certaines du droit positif⁽²⁾. Il ne faut pas néanmoins tomber d'un excès dans l'autre, et vouloir que le patrimoine devienne tout à fait indépendant de la personne, car la théorie du patrimoine sans maître est elle-même aussi abstraite que la théorie classique.

28. — De la non-existence d'un droit au patrimoine.

Le patrimoine est donc un attribut de la personnalité, d'ailleurs discuté par les auteurs modernes qui voient en lui, plutôt qu'un attribut de la personnalité, un ensemble de droits et d'obligations. Toujours est-il que l'on ne peut

(3) Cf. E. Lévy : La personne et le patrimoine, *Rev. socialiste*, t. 53, 1911, p. 545 et suiv. — Voir, par ex., p. 547 : « Le patrimoine ce n'est pas les choses, mais c'est la personne, c'est la confiance, le crédit ».

27. — (1) Voir : Gény, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., I, p. 144 et suiv. ; Saleilles, notes *S.* 1894.2.185 ; *S.* 1903.1.321 (à propos de l'idée de subrog. réelle). — Cf. les ouvrages classiques de Jallu, Plastara, Gazin (références Picard : *Les biens*, p. 19, note 1).

(2) Voir Picard : *Les biens*, n° 17 à 21.

parler de droit à un patrimoine⁽¹⁾ ; dans la théorie classique, le patrimoine est une situation juridique abstraite, extrapatrimoniale, mais purement doctrinale. Aucune prérogative n'existe en fait qui assure la reconnaissance d'un patrimoine, et nous constatons, sur ce point particulier également, un échec de la théorie classique. Nous négligerons cet attribut de la personnalité, malgré son caractère extrapatrimonial : il est pure abstraction.

SECTION 5

DE LA PROFESSION COMME ELEMENT DE L'INDIVIDUALITE

29. — Définition. Position du problème. Plan.

La profession, c'est le métier, l'état, la fonction d'une personne⁽²⁾, mais plutôt que de définir la profession, il importe de préciser la portée de cette brève étude.

Comme l'écrit M. Ripert⁽²⁾, « dans un monde où l'oisiveté devient pratiquement impossible, la profession marque l'homme d'un signe distinctif ; à l'exercer depuis son adolescence, il prend des habitudes, des pensées, des

28. — (1) Dans ce sens, voir : Cours de dr. civ. fr. de Beudant : Voirin les Biens (1938), p. 18, n° 19 et note 4. — *Contra* Aubry et Rau, tome IX, p. 347 à 366 : des droits réels dont le patrimoine est susceptible de former l'objet.

29. — (1) Cf. Vocabulaire juridique V° Profession I. genre de travail auquel une personne s'adonne d'une manière principale et habituelle ; synonyme ; métier.

Dans l'art. 378 C. Pén., les mots « état ou profession » sont fort importants ; forment-ils un pléonasme ? sont-ils là pour ajouter de l'ampleur à la formule, comme le prétend par exemple Demarle (De l'obligation au secret professionnel, *thèse* Dijon 1907) ? Ou faut-il, avec Medeville (Le secret professionnel, *thèse* Bordeaux, 1908) faire la distinction suivante : « profession indique spécialement une manière d'être habituelle, une position sociale définitivement établie », « état, au contraire, indique une manière d'être temporaire, parfois un simple complément d'une profession déjà acquise, parfois aussi un véritable acheminement vers une profession future ». — Vocabulaire juridique, V° Etat III, situation sociale de l'individu.

(2) G. Ripert : Le régime démocratique et le droit civil moderne, n° 199, p. 398 et 399.

goûts particuliers. Ceux qui exercent la même profession ont le sentiment très vif d'une solidarité d'intérêts. Ils pensent volontiers qu'il doit y avoir des règles qui leur soient propres ; ils forment dans l'Etat une petite société particulière qui veut être régie par des dispositions spéciales ».

Cette conception est presque étrangère au Code civil : code de propriétaires et de rentiers, il s'occupe de la possession des biens et non de l'exercice des activités ; les règles légales inspirées de l'idée d'égalité ne font aucune distinction entre les hommes suivant la profession qu'ils exercent.

De nos jours cependant, chaque profession obtient peu à peu un droit qui lui est propre ; ainsi se créent des branches autonomes de Droit, des droits professionnels. A côté du Droit civil, les juristes font une place croissante au Droit professionnel, on a fort bien remarqué que le Droit a tendance à se segmenter par catégories sociales : il y a un Droit commercial, un Droit rural, une législation ouvrière, etc...

Cependant ces différentes branches du Droit n'expriment pas toute l'activité professionnelle : bien des professions, remarque M. le Professeur Roubier⁽³⁾, et notamment les professions libérales, tirent toujours leurs règles du fond commun du droit privé ; et surtout il nous manque dans la partie générale du Droit civil, une théorie centrale de la profession, qui puisse rayonner sur l'ensemble des situations juridiques ».

Ce serait là, certes, un objectif attachant, que nous n'avons pas ici la prétention d'atteindre⁽⁴⁾. Nous essayerons, après avoir montré comment exceptionnellement le

(3) Préface à la thèse de M. Jean Sapin, p. II, Les assurances de responsabilité professionnelle, Lyon, 1938. — V. également G. Ripert, Ebauche d'un droit civil professionnel, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Lib. Dalloz, Paris 1939, p. 677.

(4) Voir : Demogue, Professionisti e non professionisti nel diritto civile, Rev. di filosofia di diritto, 1921, p. 5. — Dabin : Droit de classe et droit commun, dans Introduction à l'étude du droit comparé, t. 3, Lib. Gén., 1938 (Recueil d'Etudes en l'honneur de M. E. Lambert), par. 139, p. 66.

Code civil a tenu compte de la profession, de définir le rôle de la profession en droit privé actuel.

Paragraphe premier

DISPOSITIONS DU CODE CIVIL TOUCHANT
A LA PROFESSION

30. — Le Code civil a réalisé l'isonomie ⁽¹⁾.

Le Code civil a donné à la France un droit civil égalitaire ; bien que ne confondant pas l'exercice des droits civils et celui des droits politiques, les rédacteurs du Code civil fondent l'égalité civile sur l'égalité politique : les hommes naissent égaux, toutes les personnes juridiques doivent avoir les mêmes droits. Le Droit civil s'est tenu par principe en dehors de toute considération d'ordre professionnel : il a voulu être un droit uniforme pour l'ensemble des particuliers, quelle que fût leur situation sociale. Son modèle d'ailleurs était dans le Droit romain, lequel ne pouvait accorder le même intérêt que la société moderne à la profession, la plupart des métiers étant alors de caractère servile et le droit ne reconnaissant pas la personnalité juridique aux esclaves ⁽²⁾.

31. — Dispositions exceptionnelles du Code civil visant la profession.

Donnons-en une rapide énumération : c'est d'abord à propos des *actes d'état civil* l'article 34, qui précise que ces actes énonceront les professions de tous ceux qui y seront dénommés. Les inexactitudes peuvent donner lieu

30. — (1) Bouglé : Les idées égalitaires, 1899. — Nitti : La démocratie, tome I, p. 31, citation de M. Georges Ripert : Le régime démocratique et le droit civil moderne, n° 48, p. 92, note 3. Lib. Gén., Paris, 1936.

(2) Roubier : Préface à la thèse précitée de M. Jean Sapin, p. I.

à des jugements rectificatifs⁽¹⁾. En ce qui concerne le changement de *domicile*, nous savons⁽²⁾ que, à défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention de transférer le principal établissement dépend des circonstances; les tribunaux s'attacheront particulièrement au déplacement des intérêts matériels, l'exercice d'une profession en un lieu est un signe de l'importance de l'établissement en ce lieu; ce signe vaut d'autant plus que la profession est plus stable⁽³⁾; c'est ainsi que l'article 106 énonce que le citoyen appelé à une fonction publique temporaire ou révocable conservera le domicile qu'il avait auparavant s'il n'a pas manifesté d'intention contraire. Ces fonctions publiques sont considérées comme trop instables pour entraîner de droit acquisition du domicile au lieu où elles s'exercent, ceci par opposition au domicile légal du fonctionnaire nommé à vie (art. 107), mais le lieu de leur exercice peut être un élément de détermination du principal établissement⁽⁴⁾. Rappelons à propos de l'influence de la profession sur le domicile, l'article 109 qui décide que les domestiques sont domiciliés chez leurs maîtres⁽⁵⁾.

Par opposition à ces textes du Code civil, ou à ces applications jurisprudentielles, ayant pour base la notion de

31. — (1) Voir : S'agissant de personnes à tort désignées comme femmes de chambre, Tr. Bordeaux, 3 nov. 1897 (citation R. Lyon, Jugements et ordonnances de rectification d'actes de l'état civil, thèse Paris, 1921, p. 78) et Tr. Versailles, 2 déc. 1913 (citation Boisseau : Des jugements tendant à établir, reconstituer, rectifier ou annuler des actes de l'état civil, thèse Paris, 1914, p. 203).

(2) Voir *supra*, n° 20, 1° *in fine*.

(3) Req. 26 décembre 1905, D. 1906.1.232, S. 1907.1.444 (restaurateur); Amiens, 2 mars 1909, D. 1911.2.131; Civ. 8 avril 1910, D. 1913.1.270 (prêtre); Civ. 8 avril 1913, S. 1913.1.218 (mineur, fermier). — Comparer Civ. 18 mai 1896, D. 1897.1.293 (professeur libre); 10 mai 1905, S. 1907.1.191 (avocat, employé); Tr. Pau, 24 mars 1906, D. 1906.5.66, Pand. fr. 1907.2.1, note Commaille (actrice); Civ. 3 juillet 1906, S. 1907.1.143 (séminariste).

(4) Voir Civ. 30 mars 1892, S. 1892.1.524; 18 mai 1901, D. 1902.1.298; 8 mars 1904, D. 1906.1.187; Hanoi, 21 septembre 1905, D. 1907.2.92; Req. 16 mai 1809, D. Jur. gén., v° Domicile, n° 115, 1°.

Voir à propos de militaires : Paris, 22 novembre 1894, D. 95.2.150; Tr. Seine, 28 juillet 1913, S. 1917.2.63; Mais, V. Bordeaux, 21 novembre 1901, D. 1903.2.499, S. 1904.2.158; Civ., 27 mars 1912, S. 1912.1.229.

(5) Voir Savatier : Des personnes, n° 156, p. 173.

profession en général, signalons des textes concernant une profession déterminée :

Nous trouvons au livre premier, titre II, chapitre 5, du Code civil, des textes spéciaux concernant les militaires : ce chapitre intitulé « Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire de la République » a été remanié par diverses lois. Il est intitulé aujourd'hui « *Des actes de l'état civil concernant les militaires et marins dans certains cas spéciaux* ».

Au livre III, titre II, chapitre 5, section 2, se trouve l'intitulé : « Des règles particulières sur la forme de certains testaments ». Les articles 981 à 985 inclus se préoccupent des *testaments des militaires*, marins de l'Etat et personnes employées à la suite des armées.

Diverses incapacités sont édictées en ce qui concerne les *libéralités* : l'article 909 édicte que les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé ou les pharmaciens, qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. Suivent diverses exceptions. Les mêmes règles seront observées à l'égard des ministres du culte.

L'article 995 (loi du 8 juin 1893) rappelle l'ancien article 997 : « Les dispositions insérées dans un testament fait au cours d'un voyage maritime au profit des officiers du bâtiment autres que ceux qui seraient parents ou alliés du testateur seront nulles et non avenues. »

En matière de *preuves*, retenons l'article 1326, deuxième alinéa : les artisans, marchands, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service sont dispensés d'écrire de leur main le « bon pour », sur les actes sous seing privé ; il faut en rapprocher l'article 974 : dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe si le testament par acte public est reçu par deux notaires, et que deux témoins (sur les quatre) signent, s'il est reçu par un notaire.

Comparons ces dispositions avec l'article 998 : lorsque la présence de deux témoins est requise, par exemple dans le cas du testament des militaires, des marins ou du testament fait dans une île du continent européen lorsqu'il est impossible de communiquer avec le continent, le testament sera signé au moins par l'un d'eux et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé. Cette cause peut tenir au petit nombre d'habitants sachant signer dans l'île, également au peu de marins sachant signer (à l'époque de la rédaction de l'art. 998 ancien) ; rappelons-nous l'écrivain du navire (art. 988, 989 anciens).

L'article 975 précise que ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires..., ni les parents..., ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus : c'est là une règle de simple bon sens.

Les articles 1329 et 1330 ont pour objet les livres des marchands.

Parfois le législateur parle d'actes spéciaux à une profession, ne voulant pas traiter des personnes exerçant cette profession ; le Code de Commerce déclare commerçants ceux qui font des actes de commerce par profession habituelle (art. premier), c'est l'acte même qui doit avoir le caractère commercial, le commerçant n'est déterminé que parce qu'il fait une catégorie spéciale d'actes juridiques : on dira plus tard que notre droit est objectif et non subjectif, cependant ce n'est là qu'un ingénieux détour⁽⁶⁾ ; de nos jours existe le registre du commerce où doit être immatriculé tout commerçant (loi du 18 mars 1919) ; les commerçants sont soumis à une législation fiscale particulière et les locaux commerciaux sont régis par des textes spéciaux. Dans le Code civil, nous trouvons des exemples de cette méthode de qualification objective : c'est ainsi que l'article 1746, en matière de biens ruraux, parle de l'indemnité que le bailleur doit payer au fer-

(6) Ripert : Le Régime démocratique et le droit civil moderne, n° 200, p. 400 et 401.

mier, mais l'article 1747, à propos de l'indemnité d'éviction à régler par experts, parle de manufactures, usines, ou autres établissements qui exigent de grandes avances, et non pas d'*industriels*. Cependant il y a là plutôt affaire de style que de méthode et nous n'avons qu'à lire certains intitulés pour remarquer que le Code passe du plan objectif au plan subjectif, exemple dans le livre III, titre VIII, chapitre III, du louage d'ouvrage et d'industrie : art. 1779 ; il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : le louage des gens de travail, celui des voituriers, celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés. Dans l'intitulé de la section 3, « Des devis et marchés », le législateur abandonne le plan subjectif. La section I est consacrée au louage des domestiques et ouvriers, la section 2 aux voituriers par terre et par eau. Il n'y a là, selon nous, que variation dans la rédaction, et il faut avouer que la différenciation suivant la profession exercée est de minime importance dans l'ensemble des textes du Code civil (7).

(7) A part les règles concernant l'exercice de la profession de conservateur des hypothèques, de notaire (loi du 25 ventôse an XI) ou d'officier d'état civil, nous trouvons des règles concernant les conséquences juridiques de telle ou telle profession :

Les voituriers (art. 1779, 1782 à 1786, 2102, 6°).

Les hôteliers et aubergistes (1952, 1953, 1954, 2102, 5°, 2271, 2°).

Les architectes et entrepreneurs (1792, 1793, 2103, 4°, 2270).

Les maîtres, instituteurs (2271, 1°, 1384).

Les maîtres de pension (2272, 2°).

Les artisans (1384, 1326).

Les maçons, charpentiers (1789, 1799), les serruriers (1799).

Les ouvriers en général (1788, 1789, 2271, 3°, 1798, 1799).

Les domestiques (1023, 2272, 3°, 109).

Les avoués (2273, 1597, 2276), les huissiers (2272, 1597, 2276).

Les médecins, pharmaciens, chirurgiens (2272, 909).

Les marchands (2272 dernier alinéa, 2280, 1326, 1329 et 1330).

Les gens de service (1326, 2101, 4°).

Les officiers publics (1596).

Les juges (1597, 2276).

Les greffiers (1597).

Les laboureurs, vigneron (1326).

Les militaires, marins : voir plus haut.

Les ministres du culte (909).

Les sages-femmes (2272, 56).

Paragraphe 2

ROLE DE LA PROFESSION EN DROIT PRIVE

32. — La profession et la vie moderne. Division.

La profession occupe une place très importante dans la vie sociale d'un homme moderne⁽¹⁾ ; les particuliers ne sont plus détachés de toute vie professionnelle, comme pouvaient l'être certains des propriétaires pour qui était écrit le Code civil. Presque tous les hommes sont à l'heure actuelle assujettis à l'exercice d'une profession : de là, en Droit, l'actualité des lois du travail, et en matière politique les tendances modernes en réaction contre le groupement des électeurs sur la base du suffrage individualiste, notamment l'idée de représentation des intérêts, celle de syndicalisme politique, pour tout dire, d'organisation professionnelle de droit public⁽²⁾.

Sur le plan du Droit privé, il faut remarquer que la profession doit jouer un rôle à deux points de vue généraux : 1° au point de vue extrapatrimonial, la profession peut être considérée comme un moyen d'individualisation, un élément entraînant telle ou telle conséquence juridique ; 2° au point de vue patrimonial, la profession peut être envisagée comme de la fortune en formation, par opposition à la fortune acquise⁽³⁾. Les situations juridiques afférant à la profession se meuvent dans le dynamisme juridique, alors que la propriété et la créance se classent dans la statique juridique. Avec elles, nous entrons dans un régime patrimonial différent, le régime des « va-

32. — (1) Cf. Semaines Sociales 1937, E. Duthoit : Au service de la personne humaine, p. 85 (profession). A propos de l'influence de la profession sur les formes de l'activité délictueuse, cf. Donnedieu de Vabres, la politique criminelle des Etats autoritaires, Lib. Sirey, Paris, 1938, p. 214-215.

(2) Cf. Barthélémy et Duez, Tr. de droit constitutionnel, p. 259 et suiv., p. 327 et suiv.

(3) Roubier : Droits intellectuels ou droits de clientèle, *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 293.

(4) Roubier, *op. cit.*, p. 293. — E. Lévy : La transition du droit à la valeur, *Rev. de métaphysique et de morale*, mai 1911, p. 412. — V° Ripert, *Rev. crit. de législ. et de jurisprudence*, 1928, p. 29.

leurs »⁽¹⁾. Nous n'étudierons pas ici ce dernier point de vue ; essayons en deux alinéas de donner une notion de la profession et d'en tirer les conséquences qui s'imposent au point de vue extrapatrimonial.

I. — THEORIE DE LA PROFESSION

33. — Notion de profession.

Nous avons donné plus haut⁽¹⁾ la définition de la profession : la profession, c'est un état, une carrière. Encore faut-il apporter quelques précisions juridiques. Cette occupation doit-elle être notoire ? doit-elle être habituelle ? doit-elle être principale ?

— Un premier point est certain : l'occupation doit être rémunérée, elle doit procurer un moyen régulier et constant d'existence⁽²⁾, la profession est une activité fournie par un particulier qui en vit : un peintre fait des tableaux « en amateur », il en vend quelques-uns, il ne devient pas professionnel, car il ne comptait pas sur le produit de la vente de ses tableaux pour vivre. En matière de règlements sportifs, l'amateur est celui qui ne reçoit rien pour jouer, mais la limite de cette activité est souvent très incertaine⁽³⁾.

— La profession doit-elle être habituelle ? L'article premier du Code de Commerce énonce : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Le qualificatif habituel nous semble utile : le serrurier qui, à l'occasion, travaille le bois, ne deviendra pas menuisier si d'autres conditions ne sont pas réunies⁽⁴⁾.

33. — (1) Voir n° 29, et note 1.

(2) Wahl : Précis théorique et pratique de droit commercial, n° 126 et 127.

(3) Martin : La faute professionnelle, spécialement dans les professions libérales, thèse Lyon, 1934, p. 37.

(4) Cf. Thaller et Percerou, Tr. élém. de droit commercial, n° 74 et 75. — Comparer Lyon-Caen et Renault, Tr. dr. comm., 5^e éd., I, n° 198.

— La profession doit-elle être l'occupation principale ? En fait, un individu peut cumuler deux emplois, il y aura lieu alors d'indiquer les deux occupations ; il sera possible cependant de déterminer la principale, suivant les circonstances de fait.

— Le critère essentiel doit être recherché dans la notoriété : la profession, a dit Ihering, est un poste de service social⁽⁵⁾ ; celui qui embrasse une profession déterminée proclame par cela même publiquement qu'il est apte et prêt à accomplir tous les services qu'elle comporte. Nul n'en veut au propriétaire qui refuse de louer ou de vendre sa maison vacante, pourquoi donc le blâme atteint-il l'homme d'affaires qui refuse ses services⁽⁶⁾ ? C'est que l'opinion publique envisage l'exercice de sa profession comme une obligation envers la société⁽⁷⁾. Mais pour que le public ait le droit de faire appel aux services du professionnel, ne faut-il pas évidemment que cette mise à la disposition du public ait été connue de ce public ? Voici un petit entrepreneur de maçonnerie qui accepte de construire une maison : son client sait pertinemment n'avoir pas affaire à un architecte ; l'entrepreneur peut être déclaré responsable ; mais dans ce procès, il faudra tenir compte de cette sorte d'acceptation des risques par le client qui ne s'est pas adressé à un homme du métier.

En résumé, la profession est le genre de travail, auquel une personne s'adonne d'une manière principale, habi-

(5) Ihering : *L'évolution du droit* trad. Meulenaere, p. 97, 98, n° 75.

(6) Ihering, *op. cit.*, n° 76, p. 98 et 99.

(7) Cf. par exemple Trib. civil de Marseille, 10 fév. 1938, *Gaz. Pal.* 1938.1.926 (sous-note) : le médecin d'un paquebot, sous prétexte qu'il n'avait pas la pratique de l'accouchement, s'était refusé à donner des soins à une jeune femme qui avait eu son enfant au cours du voyage. Le jugement a reconnu le responsabilité du médecin. Notons que la responsabilité médicale (qui est de nature contractuelle, Civ. 20 mai 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.41) peut être de nature quasi-délictuelle, lorsque le médecin est appelé à donner des soins à un malade sans qu'il ait été expressément ou tacitement choisi par celui-ci (voir Conclusions de M. Paul Matter dans l'arrêt cité). Le professionnel qui refuse ses services dans un cas urgent est tenu d'une responsabilité de nature quasi-délictuelle.

tuelle, notoire, et dont elle tire un moyen régulier et constant d'existence.

II. — INCIDENCE DE LA NOTION DE PROFESSION EN DROIT PRIVE, AU SEUL POINT DE VUE EXTRAPATRIMONIAL

34. — La profession et l'application des usages professionnels.

Par l'intermédiaire de la détermination du principal établissement, la profession peut aboutir à des conséquences juridiques en ce qui concerne la compétence relative (*ratione loci*). Mais il ne faut pas oublier que cette profession peut déterminer la compétence absolue (*ratione materiae*) ⁽¹⁾ et également les usages applicables à telle ou telle espèce ⁽²⁾.

35. — La faute professionnelle, la responsabilité professionnelle.

On a même pu parler de faute professionnelle ; ce serait celle par laquelle une personne qui exerce une profession manque aux devoirs spéciaux que lui impose cette profession ⁽¹⁾, et on a pu se demander s'il n'était pas nécessaire d'édifier une théorie de la responsabilité professionnelle : la profession constituerait en dehors du délit et à côté du contrat un nouveau principe d'obligations juridiques et de responsabilités. Les rapports du professionnel et de la clientèle sont gouvernés par des règles particulières : le professionnel n'est pas, vis-à-vis du client, dans la même situation qu'un tiers, mais d'un autre côté

34. — (1) Par exemple : trib. de commerce, conseils de prud'hommes.

(2) Voir : E. Lambert, Cours de droit comparé (doctorat) professé à la Faculté de Droit de Lyon.

35. — (1) Mazeaud, Tr. de la responsabilité civile, tome I, n° 206-2 ; voir Martin, Thèse précitée, p. 35 et suiv. ; Brun : Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, thèse Lyon, 1931, p. 255, n° 229 bis ; voir D. P. 38.1.30, note Mimin.

cette responsabilité n'est pas seulement à base contractuelle, car très souvent ce n'est pas le contrat qui la détermine⁽²⁾ et nous retrouvons ici le fondement de la théorie de la profession : la profession est un poste de service social, des règles impératives vont donner à cette responsabilité des contours particuliers ; la notion du risque professionnel s'infiltrera dans la responsabilité professionnelle, avec la théorie de l'obligation de sécurité, notamment ; lorsque, en revanche, le transporteur sera benévole, on reviendra alors aux règles générales de l'article 1382, parce qu'il n'y a pas de profession exercée⁽³⁾.

36. — L'honneur professionnel et la discipline professionnelle.

Dans le commerce de la vie, quiconque exerce une profession donne à la société une assurance à laquelle il doit satisfaire ; aussi le corps social retire-t-il son estime à l'homme d'affaires qui, par paresse ou négligence, déserte ses devoirs professionnels, quel que soit, du reste, son mérite. Pour juger l'homme, pour déterminer sa valeur sociale, le monde envisage en premier lieu comment il exerce sa profession⁽¹⁾.

L'organisation administrative de certaines professions a créé un pouvoir disciplinaire sur les membres de la corporation ; il existe donc une notion d'honneur professionnel, distincte de l'honneur tout court : c'est ce que nous aurons l'occasion d'étudier plus loin⁽²⁾.

37. — Le secret professionnel.

Modifié par la loi du 16 février 1933, l'article 378 du Code pénal est conçu en ces termes : « Les médecins et

(2) Préface de M. Roubier à la thèse de M. Sapin, page III ; voir Sapin, *thèse précitée*, p. 44 et suiv.

(3) Roubier, préface à la thèse de M. Sapin, p. IV.

36. — (1) Ihering : *L'Evolution du droit*, n° 77, p. 99 et 100, trad. Meulenaere, 1901.

(2) Voir n° 105 et suiv.

chirurgiens et autres officiers de santé ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires *par état ou profession*, par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors les cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs ». Ce texte établit le délit de violation de secret professionnel ; il a servi de base à de nombreuses décisions de jurisprudence, lesquelles lui ont donné une grande extension. Nous étudierons plus loin cette question, contentons-nous ici de souligner l'influence de la profession sur la notion de secret : pour déterminer en effet les caractères de l'obligation au secret, il faudra faire appel aux usages, à la pratique de la profession ; ainsi chaque profession se précise elle-même. Nous n'oublierons pas que la profession, envisagée au point de vue de la société, est un devoir⁽¹⁾ ; la notion d'ordre public qui traduit la prééminence des intérêts sociaux sur les volontés individuelles interviendra donc dans la théorie du secret professionnel⁽²⁾.

38. — Conclusion : la profession, notion de classement.

En résumé, nous pouvons comparer la profession au domicile par exemple : nous sommes en présence d'une notion de classement, laquelle est en elle-même de nature extrapatrimoniale ; il ne faut pas confondre avec ses conséquences patrimoniales, cette situation juridique. Admettre cependant le concept d'une profession, notion abstraite, nous conduirait par les lois de la logique à des conséquences erronées : chacun n'aurait qu'une profession, tout le monde aurait une profession⁽³⁾.

37. — (1) Ihering, *op. cit.*, p. 100.

(2) Voir n° 82 et suiv.

38. — (1) En pratique, la profession a pris une importance considérable : l'homme moderne ne vit plus sur la fortune acquise, mais sur

Peut-on parler d'un droit à la profession ? Nous ne le croyons pas ; il faut distinguer la liberté de travailler de la profession, celle-ci est une institution de police civile ; de même qu'on a parlé à tort d'un droit à un domicile, de même il y aurait un abus de langage à mentionner un droit à la profession.

Encore une fois, nous nous trouvons en présence d'une notion utile en elle-même, ce qu'il importait de souligner, mais dont il ne faut pas faire l'objet d'un droit (2).

39. — Conclusion du chapitre ; transition.

Nous venons d'étudier les situations juridiques extrapatrimoniales, ayant toutes pour trait commun de se rapporter à la notion d'individualité. Nous avons soigneusement distingué de ces situations-mêmes, leurs conséquences juridiques (1). Au cours de cette étude, nous avons rencontré des théories trop abstraites, notamment en ce qui concerne le domicile ou le patrimoine. Ces théories ont cependant le mérite de nous faire apercevoir, au prix de certaines inexactitudes, résultat de leur excès de logique, le lien qui unit toujours ces situations juridiques à l'individu même. Il s'agit toujours *de l'individualisation du sujet de droit*.

Faut-il alors parler de droit extrapatrimonial à propos de ces notions de classement, de ces institutions de police

les gains fournis par sa profession. L'instabilité monétaire provoque chez les rentiers un sentiment d'inquiétude, ils veulent voir leur enfant « avec un métier » ou encore fonctionnaire ; bref, l'assurance du lendemain, les hommes considèrent que c'est la profession qui la leur fournira.

M. Jossierand nous montre d'autre part (Evolutions et actualités, p. 135) le déclin du titre gratuit, en face du titre onéreux ; la gratuité du service cède la place à la rémunération, l'honneur s'efface devant les honoraires ; même lorsque la règle de gratuité subsiste, la jurisprudence ouvre la porte à la rémunération.

(2) Sur les prétendus « droits au travail, ou à la paresse », voir n° 149, 2^e partie.

39. — (1) Le droit d'ester en justice par l'intermédiaire de ses organes découle nécessairement pour tout sujet de droit, du fait même qu'il est reconnu comme tel (Michoud, *op. cit.*, t. 2, n° 260, p. 205).

civile ? C'est un problème délicat que nous voulons étudier dans son ensemble : nous n'admettons pas *a priori* l'existence de « droits », il faudra donc nous demander dans quels cas une situation juridique non patrimoniale donne naissance à un droit extrapatrimonial.

Grâce à ces institutions que nous venons d'étudier, l'individu, de « personne anonyme », devient une personne ; le sujet après s'être simplement différencié d'un autre sujet, va protéger sa personnalité même : personnalité physique d'une part, personnalité morale de l'autre. De l'individu humain, nous passons à l'homme avec ses pensées, ses actions, ses sentiments.

CHAPITRE II

**DES INTERETS EXTRAPATRIMONIAUX
RELATIFS A L'ELEMENT PHYSIQUE
DE LA PERSONNALITE**

40. — Position du problème. Terminologie. Division.

L'homme désire voir protéger sa personne même, son bien inné le plus précieux : la vie, l'intégrité corporelle, son moi physique.

Comment le Droit sauvegarde-t-il ces intérêts primordiaux de l'être humain ? Couramment, les auteurs parlent du droit à la vie, du droit à l'intégrité corporelle ; si nous employons ces expressions, ce sera, répétons-le, pour la commodité du style : nous ne pouvons pas *a priori* parler de « droits » ⁽¹⁾. Il est hors de doute que ces intérêts présentent un caractère non patrimonial. Ils ne sont pas moraux, cependant, mais matériels, corporels si j'ose dire, d'où l'intérêt de la terminologie employée ⁽²⁾.

Nous étudierons en une première section la protection de l'intégrité corporelle, en une section 2, la théorie d'un droit à la vie (à l'intégrité corporelle),

SECTION 1

DE LA PROTECTION DE L'INTEGRITE CORPORELLE

41. — Plan.

Dans les sociétés primitives, la seule solidarité est celle du sang : l'étranger n'a aucun droit, on ne respecte même pas sa vie, il ne fait pas partie du cercle juridique. Pour assurer la protection de la vie de chaque membre du groupe, nous trouvons ce qu'on a appelé la vengeance privée : la vengeance est infaillible, aucune prescription ne pourra exister. Lorsque ce devoir ne sera pas discuté, la vie humaine sera respectée. Mais le fait même du dan-

40. — (1) Voir n° 39.

(2) Voir introduction n° 3.

ger de vengeance va amener le clan à condamner le délit, susceptible de causer une vendetta de la part de la famille de la victime (1).

Peu à peu, on passe du stade de la vengeance privée au stade actuel de la justice publique ; l'Etat veille au bon ordre social ; il assure le respect de la vie humaine : la protection de l'intégrité corporelle de chacun contre les atteintes causées par les particuliers est donc l'œuvre avant tout des règles du droit pénal, c'est-à-dire du droit public (2). Le Droit civil n'intervient qu'à propos de la réparation du dommage causé.

Cependant, l'Etat peut, par voie d'autorité, imposer parfois une intervention médicale ou une peine, portant atteinte à l'intégrité physique d'un individu ; l'homme peut d'autre part se tuer ou se blesser, volontairement. Nous étudierons, donc, en trois sous-sections :

— la protection de la personne physique contre le pouvoir arbitraire de l'Etat ;

— la protection de la personne physique contre les atteintes causées par les particuliers ;

— la protection de la personne physique contre les atteintes que l'homme se cause à soi-même.

SOUS-SECTION 1

L'ETAT ET LA PERSONNE PHYSIQUE

42. — Personne physique et liberté de l'individu. Limitation du sujet. Division.

Nous n'étudierons ici que les contraintes imposées par la société qui atteignent la personne dans son corps ; nous laissons de côté la liberté d'aller et venir, la liberté indi-

41. — (1) Voir Jacques Lambert : La vengeance privée et les fondements du Droit international public (Publication de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes internationales). Sirey, Paris, 1936.

(2) Capitant : Introduction, n° 12, p. 40, 3°.

viduelle⁽¹⁾ proprement dite : cette liberté, en effet, présente un aspect moral, puisqu'elle intéresse la volonté individuelle, laquelle commande les actes physiques.

Il s'agit d'ailleurs de problèmes de droit public, sur lesquels nous serons brefs. L'Etat peut-il infliger à l'auteur d'une infraction la peine de mort ou des châtiments corporels (problème de répression) ? Peut-il imposer un traitement médical ou une opération chirurgicale, dans le but de conserver l'individu envisagé comme valeur sociale ou dans celui de supprimer un danger social (problème de politique sociale) ? Telles sont les questions que nous étudierons en deux paragraphes.

Paragraphe premier

PEINES ET MESURES DE SURETE ATTEIGNANT LA PERSONNE PHYSIQUE

43. — La peine de mort.

En France, depuis la Révolution, la peine de mort consiste uniquement dans la privation de la vie ; sous l'Ancien Régime, elle s'accompagnait souvent de supplices⁽²⁾ et comportait donc différents degrés.

42. — (1) Sur la terminologie, voir Michel Binet : « La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires », thèse Nancy, 1936, introduction.

Voir n° 143.

Nous laissons de côté la liberté des rapports sexuels ; entendons-nous bien : en France, les rapports sexuels entre deux personnes majeures, dont la volonté est libre, sont licites. La loi, dans certains cas, interdit le mariage pour des motifs divers qui procèdent de considérations d'ordre moral ou social ; les causes de ces prohibitions sont l'existence d'un premier mariage non encore dissous, la parenté ou l'alliance au degré prohibé, la crainte d'une confusion de part, l'abus du divorce, l'état militaire (voir Planiol, Ripert et Rouast, Traité pratique de droit civil, tome 2, La famille, Lib. Générale, Paris, 1926, n° 105 et suiv., p. 94 et suiv.). Mais si le mariage est interdit dans ces divers cas, il n'existe aucune prohibition analogue à celles qui existent dans les pays à tendances « racistes ».

Voir Egon Rumbert, Die Rassenschande I. D. Köln, 1937.

43. — (1) Cf. Léon Halkin : La cruauté des supplices de l'ancien régime. Nouvelle Revue Historique de Droit, 1937, p. 131. Comp. Donnedieu de Vabres, la politique criminelle des états autoritaires, p. 126.

La peine de mort, périodiquement discutée, est maintenue par le projet de Code pénal français. Il est juste cependant de remarquer que la civilisation a restreint progressivement l'emploi de la peine capitale.

Les adversaires de la peine de mort se sont placés pour la combattre sur différents terrains. Des *arguments d'ordre philosophique* ont été proposés : la société n'a pas donné l'existence à l'homme, elle n'est pas qualifiée pour la lui retirer. Saint Thomas d'Aquin avait déjà répondu que si la société est un fait nécessaire à la vie de l'homme, elle doit user de tous les droits indispensables à son maintien et à son propre développement ; le même argument conduirait à l'abolition de toutes les peines privatives de liberté, car la société n'a donné à l'homme ni la liberté ni la vie. L'homme a « droit » à la vie comme à la liberté, mais ce droit est limité par le droit concurrent des autres hommes⁽²⁾. A côté de ces arguments philosophiques, il semble qu'en réalité, le point de vue sentimental joue un rôle prépondérant.

— D'un point de vue plus pratique, qui se rattache à la *politique criminelle*, on a dit de la peine de mort qu'elle était irréparable, injuste parce qu'absolue et surtout inutile, parce que n'intimidant pas les malfaiteurs⁽³⁾.

Ces derniers arguments n'intéressent pas notre sujet ; quant aux premiers, ils sont purement philosophiques. On nous parle de droit à la vie ; en vérité, nous sommes devant le fait positif suivant : l'Etat punit de mort l'auteur de certaines infractions, l'Etat pousse la punition de certains crimes jusqu'à supprimer la vie.

44. — Les châtiments corporels : le fouet.

La peine de mort est en France le seul châtiment corporel : il en est autrement dans certains pays étrangers ;

(2) Voir R. Garraud : *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., tome 2, p. 117, 118. — Donnedieu de Vabres : *Traité élém. de droit criminel et de législation pénale comparée*, n° 492, p. 301. Sirey, Paris, 1937.

(3) Voir : Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, n° 493, p. 301, 302.

c'est ainsi qu'en Angleterre, on a maintenu l'usage du fouet (le chat à sept queues) ; aux U. S. A. et en Egypte, on inflige le fouet à titre de sanction disciplinaire à l'intérieur des établissements pénitentiaires. On a proposé de les introduire en France⁽¹⁾ : une certaine conception de la dignité humaine s'oppose cependant à leur utilisation ; les deux points de vue philosophique et de politique criminelle se retrouvent en cette matière.

45. — La castration des malfaiteurs.

Mentionnons comme participant à la nature d'une peine corporelle et aussi d'une mesure de sûreté la castration des malfaiteurs.

Il est essentiel de distinguer la *stérilisation* de la *castration*. La stérilisation consiste dans la ligature de certains canaux, elle a simplement pour but de mettre obstacle à la procréation, elle laisse, d'après les médecins, la possibilité d'une activité sexuelle normale, au moins pendant un certain temps ; la *castration*, c'est l'ablation des organes nécessaires à la génération⁽²⁾ : elle se pratique sur les femmes ou sur les mâles : dans le premier cas, on la désigne sous le nom d'ovariotomie, hystérectomie totale ; dans le second cas, c'est la castration proprement dite ou émasculatation. La castration des délinquants sexuels ne vise pas à atteindre des buts eugéniques, bien que cette mesure empêche les individus de se reproduire, elle est destinée à protéger la collectivité contre de nouveaux attentats au mœurs, par l'anéantissement ou l'affaiblissement de l'instinct dégénéré du délinquant.

44. — (1) H. Laurent : Le fouet contre le crime, Paris, Rousseau, 1913, et H. Laurent : Les châtiments corporels, thèse Lyon, 1912. — Voir R. Garraud : Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3^e éd., tome 2, n^{os} 486 et suiv., p. 129.

45. — (1) Voir dans la Rev. de Science criminelle et de droit pénal comparé, 1936, p. 151 à 154, les conclusions à ce sujet du XI^e Congrès international pénal et pénitentiaire.

Comme mesure de sûreté, avec ce but bien défini, la castration est connue par la législation de peu d'Etats : les lois de certains Etats nord-américains prévoient des mesures de castration obligatoires.

En Allemagne, le paragraphe 42 actuel du Code pénal l'applique aux auteurs d'attentats aux mœurs, lorsqu'il s'agit d'infractions graves, ou lorsque l'agent est récidiviste et que son caractère dangereux au point de vue envisagé résulte des circonstances. La castration peut alors s'ajouter à la peine, en vertu d'une décision du tribunal ; cette mesure de sûreté, contrairement aux autres mesures de sûreté, n'a pas un caractère obligatoire pour le juge : c'est une simple faculté donnée au tribunal ; d'après la loi du 24 novembre 1933, le tribunal *peut* ordonner à côté de la peine, la castration d'un homme qui a atteint l'âge de 21 ans, s'il est condamné pour attentat à la pudeur ou viol, en vertu des paragraphes 176 à 178 du Code pénal, ou s'il est condamné comme récidiviste à une peine privative de liberté de 6 mois au minimum pour les délits d'outrage public à la pudeur (§ 183 C. pén.) ou de coups et blessures (§ 223 à 226 C. pén.) commis en vue d'exciter ou de satisfaire les instincts sexuels, et s'il résulte de l'appréciation de l'ensemble de ces faits que l'auteur est un criminel dangereux, coutumier de crimes portant atteinte aux mœurs (*gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher*), ou encore s'il doit être considéré comme tel et qu'il est condamné, sans être récidiviste, pour deux délits de ces catégories à une peine privative de liberté d'un an au maximum, ou s'il est condamné pour assassinat ou meurtre (§ 211 à 215 C. pén.) commis pour exciter ou satisfaire les instincts sexuels. Ce principe de liberté du juge a un caractère exceptionnel : il a pour but de tenir compte des expériences médicales qui ont prouvé que la castration n'atteignait pas toujours le résultat recherché, et que dans chaque cas particulier, il fallait se livrer à un exa-

men approfondi des conséquences probables de la mesure ⁽²⁾.

Des lois de 1934 et 1935 ont introduit la castration avec le même objet en Suède et au Danemark. En Allemagne, pendant les années 1934 et 1935, 996 auteurs d'attentats aux mœurs ont été frappés de castration ⁽³⁾.

En France, il semble que de telles mesures, utiles cependant à propos de certains malades caractérisés, ne puissent être introduites ; elles se heurtent, répétons-le, à une certaine conception de la dignité humaine.

Paragraphe 2

DES CONFLITS ENTRE LA VOLONTE DU MALADE ET CELLE DU MEDECIN, REPRESENTANT L'ETAT, PUISSANCE PUBLIQUE

46. — Enumération des cas pratiques de conflits.

Le médecin dans certains cas, agit au nom de l'Etat, puissance publique, en vue d'assurer un meilleur fonctionnement de l'organisation sociale. L'action de l'Etat a pour but, grâce à son immixtion par voie d'autorité, d'imposer un traitement ou une intervention, ou de l'interdire, contrairement à la volonté de l'intéressé, soit afin de conserver l'individu envisagé comme valeur sociale, soit afin d'atténuer ou de supprimer un danger social ⁽¹⁾.

1° Conservation de l'individu comme valeur sociale

Tout être humain a une valeur sociale représentée par ses aptitudes physiques, intellectuelles, morales, que le

(2) Cf. Roger Béraud : Les mesures de sûreté en droit allemand, d'après la loi du 24 novembre 1933, *thèse Aix*, 1937 : sur la castration, voir pages 109-110, 138-140 et surtout 260-295. Sur la castration aux U. S. A., voir p. 286. *Comp. Rev. de Sc. Crim. et de dr. pén. comp.*, 1938, p. 572, 4°.

(3) V. Knust : *Die Entmannung nach dem geltenden Recht I. D.*, Iena 1936.

46. — (1) P. Garraud et M. Laborde-Lacoste : Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale. — E. de Boccard, éd. 1927, p. 21, n° 15.

groupement dont il fait partie a intérêt à conserver et à développer (2).

Les partisans des doctrines étatistes soutenant que l'homme n'a pas de droits, mais que tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, en infèrent que tout traitement, que toute intervention réalisant ces fins, doit être imposée : l'homme n'a pas le « droit d'être libre », il a le devoir de développer son individualité ; c'est la suppression de tout droit au refus du traitement. Inversement, les partisans des doctrines individualistes représentent l'homme libre par nature, titulaire de droits individuels, imprescriptibles, de droits dits naturels, indissolublement attachés à sa qualité d'homme. Ils ne peuvent accepter que très peu de limitations au droit du patient de refuser le traitement. On reconnaît là, concluent MM. Garraud et Laborde-Lacoste, un aspect du débat sur la conciliation des droits de l'individu et des droits de la société dans l'établissement de la règle de droit (3).

Les cas pratiques de conflits sont les suivants :

a) C'est d'abord le problème des droits de la mère, des droits de l'enfant qu'elle peut mettre au monde, dont elle est enceinte, ou dont elle est accouchée. Nous trouvons les questions médico-juridiques de l'avortement et de la répression des pratiques anti-conceptionnelles, celle du fœticide, celle des soins obligatoires pour la mère et l'enfant après l'accouchement, celle moins connue de la stérilisation d'une parturiente anormale au point de vue mental : voici une femme dénuée d'intelligence, de tout sentiment affectif, de toute moralité, incapable de se défendre contre un viol, qui peut être victime de la bestialité de ses proches : n'est-il pas indiqué de pratiquer la stérilisation

(2) Garraud et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, n° 16, p. 22. — Voir sur cette notion de « valeur sociale », différente selon chaque doctrine politique : Armand Akerberg : la loi du Cabinet Hitler sur le mariage et le droit international privé. Recueil d'Etudes Lambert, t. 3, p. 323, par. 157.

(3) Cpr. J. Bonnacase : La notion de droit en France au dix-neuvième siècle. Contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporain, Paris, 1919.

après césarienne, en raison de la valeur physique et sociale défectueuse de l'enfant né dans ces conditions ? ⁽⁴⁾.

b) Un autre aspect du conflit de la volonté de l'individu avec celle de l'Etat tendant à augmenter ou à conserver une valeur sociale apparaît quand il s'agit pour le pays d'enrôler de jeunes conscrits, de récupérer au cours d'une visite médicale pendant la guerre des réformés, ou encore d'améliorer des blessés afin de les rendre aptes au service armé ou auxiliaire. A cette dernière situation se rattache la fameuse espèce du zouave Deschamps ⁽⁵⁾ : atteint de plicature à la suite d'un éclatement d'obus, il est soigné au centre neurologique de Tours, dirigé par le Docteur Clovis Vincent, médecin des hôpitaux de Paris ; ce dernier était inventeur d'une méthode de traitement consistant à établir à l'aide d'une pile voltaïque un courant de forte intensité, qui au contact du corps du blessé provoquait la contraction des masses musculaires dont on voulait rétablir le fonctionnement... Le zouave Deschamps réagit violemment, selon la formule ironique de MM. Garraud et Laborde-Lacoste, par des voies de fait sur le Docteur Vincent. Deux de ses camarades avaient déjà refusé de se déshabiller pour se soumettre à la visite du major (Chatelin et Leboutet).

La question était de savoir si l'on pouvait obliger les soldats et officiers blessés à subir un traitement dont ils ne voulaient pas.

2° *Atténuation ou suppression d'un danger social*

Cette idée justifierait le traitement obligatoire préventif ou curatif sous forme d'internement demandé par tous les psychiatres pour les aliénés, ce terme entendu dans son acception la plus large comprenant notamment les demi-fous, les dégénérés alcooliques, les toxicomanes ; par

(4) Garraud et L. L., *op. cit.*, n° 16, p. 24, 3° et Docteur Georges Lasnier : Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale, *thèse* Bordeaux, 1922, p. 39 et 40.

(5) Garraud et L. L., *op. cit.*, n° 16, p. 25 et note I, p. 25.

là se comprendraient la coercition imposée aux délinquants en cours d'instruction ou de condamnation, si un état de santé justiciable d'un traitement ou d'une intervention mettait obstacle à l'une ou à l'autre, les mesures de contrainte (isolement, vaccination, placement dans des sanatoria ou stations prophylactiques) en vue de protéger la santé publique contre ces fléaux que sont la syphilis, la tuberculose, la peste et à un moindre degré la grippe, la diphtérie : en un mot toutes les maladies contagieuses (6).

Il faut signaler enfin, à raison de son caractère actuel, la stérilisation des personnes atteintes de maladies héréditaires qu'il ne faut pas confondre avec l'asexualisation des malfaiteurs.

47. — Suite. La stérilisation des personnes atteintes de maladies héréditaires.

Des raisons eugéniques sont à la base de la loi de stérilisation (1) du 14 juillet 1933, une des premières manifestations législatives du nouveau régime politique allemand : elle a pour but d'améliorer la race allemande en empêchant la transmission des maladies héréditaires et la procréation d'individus tarés (2). La stérilisation doit être distinguée de la castration (*Entmannung*), laquelle a sur l'organisme un retentissement plus profond.

La loi permet de stériliser par une opération chirurgi-

(6) Garraud et L. L., *op. cit.*, n° 17, p. 25 et 26.

47. — (1) Voir Roger Béraud : Les mesures de sûreté en droit allemand, *thèse* Aix, 1937, p. 291. — *Erbgesundheitsgesetz*, loi du 14 juillet 1933. — L'ordonnance du 5 décembre 1933, pour l'exécution de la loi, en donne un commentaire détaillé et indique les formulaires et tests à employer. — Postérieurement à cette loi, il faut citer les lois des 17 et 18 octobre 1935, J. O. du Reich 1935, I, p. 1246 et 1419 (cf. Sebagn, *thèse citée*, p. 141).

Cons. également : Gerhard Wiedemann *Die Unterbringung in einer Heil — oder Pflegeanstalt* I. D. Iena 1936.

(2) Dr. F. Ruttké : La loi allemande sur la prévention de tares et la législation scandinave sur la stérilisation. Recueil d'études en l'honneur de M. E. Lambert, *Introd. à l'étude du droit comparé*. Lib. gén., 1938, t. 2, p. 428, par. 100.

cale celui qui est atteint d'une maladie héréditaire, si l'on peut admettre avec une grande probabilité d'après les expériences médicales, que les descendants souffriront de lourdes tares héréditaires physiques ou psychiques : la loi énumère huit maladies auxquelles vient s'ajouter l'alcoolisme grave, qui justifient la demande en stérilisation. La requête peut être faite par celui qui doit être stérilisé ; s'il est incapable ou interdit pour cause de faiblesse d'esprit ou s'il n'a pas dix-huit ans révolus, son représentant légal peut faire la requête avec l'autorisation du tribunal de tutelle ; quand un majeur a un curateur pour sa personne, celui-ci doit donner son assentiment. A la requête, sera joint un certificat d'un médecin, constatant que celui qui doit être stérilisé a été instruit de la stérilisation et de ses conséquences.

La requête peut aussi être présentée par le médecin et pour les personnes qui sont hospitalisées dans un hôpital, ou asile, par le directeur de l'établissement : les faits justifiant la requête doivent être prouvés sommairement par un avis médical ou d'autres moyens de preuve. La décision est de la compétence du tribunal pour la santé héréditaire (Erbgesundheitsgericht) du ressort duquel dépend la personne à stériliser : le tribunal pour la santé héréditaire est annexé à un tribunal cantonal, il se compose d'un juge cantonal comme président, d'un médecin fonctionnaire, et d'un autre médecin, « particulièrement versé dans la théorie de l'hérédité ». Le juge qui a pris une décision comme juge de tutelle et le médecin fonctionnaire qui a fait la requête ne peuvent pas siéger au tribunal ; la procédure n'est pas publique.

Le tribunal lève les preuves nécessaires, il peut exiger la comparution personnelle de la personne à stériliser, la faire examiner par un médecin, la faire amener si elle fait défaut. Le tribunal décide après délibération orale à la majorité des voix ; la décision est rédigée par écrit et motivée, elle est signifiée au médecin requérant, et à celui qui doit être stérilisé ou à son représentant légal. Ces per-

sonnes ont un droit de recours, dans un délai de rigueur d'un mois après la signification ; le recours a effet suspensif, il est porté devant le tribunal supérieur pour la santé héréditaire ; ce tribunal annexé à un tribunal supérieur (sa compétence s'étend sur le même ressort) est composé d'un membre du tribunal supérieur, d'un médecin fonctionnaire et d'un autre médecin, « particulièrement versé dans la théorie de l'hérédité » ; sa décision est définitive.

L'opération chirurgicale ne peut être exécutée qu'une fois la décision devenue définitive, dans un hôpital et par un chirurgien désignés par l'autorité suprême du Pays ; les médecins ayant soumis la requête ou siégé comme assesseurs ne peuvent pas pratiquer l'intervention : le chirurgien adressera un rapport écrit au médecin fonctionnaire.

L'opération décidée par le tribunal sera faite contre la volonté de la personne à stériliser (à moins que celle-ci n'en ait fait seule la demande). Au besoin le médecin demandera à la police l'application des mesures nécessaires de coercition : la contrainte directe est admise.

Toute autre stérilisation n'est permise que si le médecin pratique l'opération pour détourner, en conformité de l'art médical, un danger menaçant la vie et la santé du malade et seulement avec le consentement de l'intéressé ⁽³⁾.

Les personnes ayant coopéré à la procédure et à l'opération sont tenues au secret sous peine de sanctions pénales.

— Nous avons pris l'exemple allemand : il est en effet le plus récent et le plus largement appliqué ; cependant, il nous faut signaler comme applications de traitements ou d'opérations considérés comme socialement nécessaires et imposés par la force, les méthodes d'asexualisation et de stérilisation des dégénérés (et des criminels in-

(3) Cf. Neuenhoff : Sterilisation als strafbare Handlung, I. D. Iena 1937.

corrigibles) préconisées dans certains pays et consacrées légalement dans plusieurs des Etats de l'Amérique du Nord (Indiana, Washington, Californie, New-York, Virginie, etc.) (4). Quinze Etats ont voté une loi sur la stérilisation, deux seulement l'appliqueraient (5).

La question a été très étudiée en Suède et évidemment en Allemagne ; elle a fait l'objet de rapports et de discussions au Congrès pénitentiaire international de Berlin en 1935 (6).

48. — Recherche du critère réalisant l'équilibre des intérêts en présence.

Ce critère est difficile à trouver : il faut prendre parti sur le principe qui permettra d'imposer, sous les sanctions que nous indiquerons, tel traitement ou telle intervention.

Dans certains cas, lorsque le traitement ne présente ni effet douloureux, ni danger pour le patient, le principe de l'obligation doit jouer ; le problème se pose si le traitement est douloureux ou dangereux, s'il porte atteinte à l'intégrité corporelle du malade : peut-il alors y avoir contrainte ? existe-t-il, diront certains, un droit à l'inté-

(4) Cf. Maurice Chachuat : Le mouvement du « Birth Control » dans les pays anglo-saxons. Bibliothèque Institut de Droit Comparé de Lyon, tome 32, 1934, avec une préface de M. E. Lambert (v. p. 394 les statuts de stérilisation aux U. S. A. ; p. 430, les précédents de stérilisation aux U. S. A. ; p. 335, le Common law anglais et la stérilisation).

Garraud et Laborde-Lacoste, op. cit., p. 65, n° 43, note 2 ; cf. *Journal of the American Institute of criminal law and criminology*, 1923, p. 622 ; *adde* même publication, 1922, p. 205.

(5) Sur l'emploi de cette mesure dans l'Etat d'Indiana, cf. *Rev. pén.*, 1910, p. 1125.

(6) Sur les études faites sur cette question en Suède, voir : Vervaeck, Le problème de la stérilisation eugénique en Suède et la stérilisation des déficients, *Rev. belge de droit pénal et de criminologie*, 1924, p. 894 et 896. — V. aussi Lederer, Die Sterilisation als sichernde Massnahme, *Zeitschrift für die gesamm. Strafrechtswissen.* 1911, p. 542 et suiv. *Ds. Rev. de Sc. crim. et de droit pénal comparé*, 1936, p. 465, on trouvera l'indication bibliographique d'un article de M. Vervaeck sur les lois de stérilisation eugénique. Voir la *Rev. de Sc. crim. et de dr. pén. comparé* : 1937, p. 123, 136, 336 et 576 ; 1938, p. 161 ; 1939, p. 141 et 201.

grité corporelle du malade, lui permettant de refuser telle ou telle intervention ?

On a voulu distinguer, nous apprennent MM. Garraud et Laborde-Lacoste ⁽¹⁾, les opérations sanglantes de celles qui ne le sont pas ; d'autres ont voulu faire de la douleur la limite du droit d'intervention, mais cette conception conduirait à justifier toutes les résistances, d'autres reconnaissent le « droit » au refus pour toute intervention pratiquée sous anesthésie générale, mais cette notion ne correspond plus à la technique actuelle.

En vérité, concluent nos auteurs ⁽²⁾, il est scientifiquement impossible d'arriver à une solution unique ; le refus sera légitime, toutes les fois que le patient court un risque sérieux, normalement prévisible ; on appliquera ce critère d'une manière plus ou moins absolue selon les circonstances extérieures au conflit ; pour les blessés de guerre, pour les contingents à incorporer, la possibilité de les récupérer pour la défense du pays passe au premier plan ; pour les espèces où apparaît un danger social, la sécurité des personnes doit avant tout prévaloir.

Ainsi, comme dans la plupart des notions que nous étudions, apparaît un conflit entre la personnalité et l'ordre social : nous aurons à faire jouer la notion juridique d'ordre public.

49. — Conséquences du refus injustifié du malade : sanctions indirectes et directes.

En cas de refus justifié du malade, le médecin qui passe outre, encourt une responsabilité pénale et civile. La question est plus complexe, dans la situation inverse ; supposons injustifié le refus d'un malade, de subir un traitement donné. Ce refus, acte illicite, lèse des intérêts de sécurité publique. Comment atteindre cette catégorie de refus ?

48. — (1) Garraud et L. Lacoste, *op. cit.*, n° 19, p. 29.

(2) Garraud et L. Lacoste, *op. cit.*, n° 19, p. 30.

On peut concevoir des *sanctions indirectes* : « Ce sont celles qui frappent le fait même du refus, sans autoriser pour autant le médecin à traiter ou à opérer par la force et malgré ce refus, le malade ou blessé réfractaire, si bien que dans les cas où serait uniquement prévue cette sorte de sanction, l'intervention effectuée au mépris du refus injustifié resterait arbitraire, et génératrice d'une responsabilité pénale ou civile pour le praticien qui l'aurait entreprise » (1). Ces sanctions se présentent sous trois formes : sanction disciplinaire, sanction pénale, mesure restrictive de la capacité juridique de l'auteur du refus injustifié ; ainsi on peut songer à déclarer incapable de se marier tout individu atteint d'une maladie vénérienne qui refuse de se laisser traiter.

La *sanction directe* revêtera toujours le même aspect : celui de l'opération ou du traitement imposé par la force (2). Le fait de procéder par la force et malgré le refus du patient devient pleinement licite et le médecin ou chirurgien n'encourt aucune responsabilité.

Donnons quelques exemples de ces diverses sanctions : comme application d'une sanction indirecte, citons la loi du 15 février 1902 rendant la vaccination et revaccination antivariolique, obligatoire au cours de la première, onzième et vingt-et-unième année (3) ; d'autre part, au cours de la guerre 1914-1918 ont été appliquées des sanctions disciplinaires, sous la forme de différentes punitions portées aux règlements militaires, et pénales, consistant à poursuivre pour refus d'obéissance le soldat invité à se soumettre à un traitement estimé indispensable et n'y

49. — (1) Garraud et L. Lacoste, *op. cit.*, n° 33, p. 52.

(2) Garraud et L. Lacoste, *op. cit.*, n° 34, p. 53.

(3) Garraud et L. Lacoste, *op. cit.*, n° 36, p. 53 : les parents et tuteurs sont tenus personnellement et pénalement de l'exécution de cette prescription. — Un texte récent a posé le principe de l'obligation à la vaccination anti-diphtérique : *J. O.* 25 juin 1938. Cette loi est devenue aujourd'hui l'art. 6 bis de la loi du 15 février 1902.

Consulter à ce sujet *J. O.* 20 décembre 1938, Débats Ch. Députés, p. 1971 (intervention de M. Philippe Henriot contre le principe de l'obligation) et p. 1976 (réponse du ministre de la Santé publique).

consentant pas⁽⁴⁾. Quant à la sanction directe, elle se réalise dans notre législation (loi du 30 juin 1838) par l'internement curatif des aliénés. Il n'est pas douteux qu'il y a eu aussi, durant la dernière guerre, des emplois de la sanction directe consistant dans le traitement imposé par la force.

Enfin, l'idée de recourir successivement ou cumulativement aux sanctions indirectes et au traitement forcé, se retrouve dans le régime administratif auquel sont soumises les prostituées majeures de 18 ans⁽⁵⁾ : les prostituées, inscrites sur un registre administratif (l'inscription étant notifiée), doivent se prêter à des visites dont le nombre et les dates sont fixés ; si elles ne se présentent pas à ces visites, elles peuvent être condamnées devant le tribunal de simple police aux peines contraventionnelles qui sanctionnent les arrêtés municipaux légalement pris ; en outre les femmes reconnues atteintes de maladies vénériennes sont internées administrativement pour y être traitées, en principe dans les hôpitaux, en fait dans les grandes villes, dans une section spéciale de l'infirmerie des prisons de femmes. Des mesures d'isolement curatif peuvent être imposées par la force en vertu de la loi du 15 février 1902 (art. 8), de la loi de 1822 et du décret du 4 janvier 1896, en vue de prévenir la propagation des maladies contagieuses.

A l'étranger, les législations positives offrent des exemples plus nombreux et mieux réglementés de traitements médicaux imposés au nom de l'intérêt social, sous des sanctions indirectes ou directes. La plupart des législations récentes organisent pour les criminels aliénés ou en état de responsabilité atténuée, un traitement curatif forcé, et reconnaissent aux tribunaux constatant chez un

(4) Garraud et L. Lacoste, *op. cit.*, n° 37, p. 57.

(5) Les mineures prostituées sont placées sous un régime spécial par la loi du 11 avril 1908, concernant la prostitution des mineurs et la loi du 24 mars 1921, concernant le vagabondage des mineurs de 18 ans. Voir C. Lacombe : *Le droit de correction paternelle*, thèse Lyon, 1936, p. 95.

délinquant de pareilles tares mentales, le droit d'ordonner son internement dans un asile approprié. Les codes et les projets qui précisent la distinction des peines et des mesures de sûreté et qui établissent une liste de ces dernières y font figurer le traitement médical obligatoire. Tandis que plusieurs législations ou projets assimilent explicitement ou implicitement les criminels alcooliques aux délinquants irresponsables ou demi-responsables, d'autres prévoient spécialement entre autres mesures de sûreté l'internement curatif des alcooliques et buveurs d'habitude, particulièrement les projets suisses, les avant-projets polonais, le projet yougoslave, certains spécifiant que cette mesure pourra être appliquée à tout criminel dont « l'infraction sera en rapport avec le penchant à l'ivrognerie ou avec l'alcoolisme » (6).

Certaines lois étrangères appliquent l'obligation au traitement, non pas à des criminels considérés comme irresponsables ou demi-responsables, mais à des individus en qui se révèle avant toute infraction et indépendamment d'un crime ou d'un délit, un danger social. Ce sont par exemple la loi norvégienne du 30 mai 1900, la loi suédoise du 30 juin 1913, sur le traitement curatif des ivrognes et des alcooliques, la loi anglaise du 15 août 1913 sur l'internement des débiles mentaux, la loi suédoise du 20 juin 1918 et la loi tchécoslovaque du 11 juillet 1922 contre la propagation des maladies vénériennes (7), les lois signalées plus haut relatives à la stérilisation des dégénérés (8), les propositions présentées en vue de sou-

(6) Garraud et L. Lacoste, *op. cit.*, n° 38, p. 60 (t. et note 3), p. 61, note 1. — Dr Louis Vervaeck : L'obligation du traitement pour les buveurs dangereux. *La Giustizia penale*, Parte prima, oct. nov. 1938, col. 795 et suiv. (Congrès International de Criminologie).

(7) Elles établissent le principe du traitement obligatoire du malade ; jusqu'à cessation de contagiosité, cet état crée une incapacité légale de contracter mariage. Il faut rapprocher de cette question le fameux problème du certificat prénuptial ; cf. *Gaz. Pal.*, octobre 1938, Doctrine, p. 17 : le certificat prénuptial en Allemagne, par G. Hubrecht ; voir *Mad. Biarreau*, Le certificat prénuptial, *Sirey*, Paris 1930.

(8) Voir n° 47.

mettre obligatoirement tous les criminels détenus, en profitant ainsi de leur séjour en prison, à toutes les opérations ou tous les traitements jugés utiles pour augmenter leur valeur sociale ou diminuer le danger social que leurs tares ou maladies peuvent révéler⁽⁹⁾.

50. — Conclusions à tirer de cette étude.

Le problème de l'utilisation des peines corporelles est avant tout philosophique et médical ; il s'agit de savoir d'une part si le fait de recourir à de telles sanctions ne heurte pas nos conceptions morales ou religieuses, et d'autre part si ces peines corporelles peuvent normalement être supportées par un être humain, sans qu'elles dépassent le but que l'on s'est assigné en les infligeant. Le problème donc n'est presque pas juridique.

Il en est de même de la possibilité d'application des sanctions directes : il faut faire une part aux nécessités sociales en admettant par exemple le traitement forcé toutes les fois qu'il s'agit d'un être véritablement irresponsable, en acceptant de voir imposer par contrainte l'opération ou le traitement aptes à entraîner, sans risque normal et prévisible, l'incorporation de conscrits, ou la récupération de militaires blessés ; la sanction directe du traitement forcé est encore la seule à prévoir pour les individus atteints de maladies contagieuses, ou les demi-responsables (toxicomanes, alcooliques), lorsqu'elle doit être appliquée à ces individus comme conséquence d'une infraction en rapport avec leur état physique ou mental⁽¹⁾. Mais différentes doivent être les sanctions quand on prétend obliger, avant toute infraction, ces responsables et demi-responsables à subir un traitement : il faut

(9) Cf. Dr Vervaeck : Le traitement de tous les délinquants dans le cadre pénitentiaire. Rev. belge de droit pénal et de criminologie, 1924, p. 642 et 761.

R. Béraud, *thèse précitée*, p. 168-171, dispositions permettant la visite corporelle et certaines opérations médicales sur la personne de l'inculpé.

50. — (1) Garraud et L. Lacoste, *op. cit.*, n° 45, p. 66 et suiv.

tenir compte ici du respect que l'on doit avoir pour la liberté individuelle. La solution dépend des conceptions morales de chacun : si vous admettez l'absorption de la personne dans la société, vous direz : « Regardez une machine, la pièce n'a-t-elle pas de signification que dans l'ensemble et n'est-elle pas faite pour l'ensemble ? Voyez les cellules dans un organisme, les organes dans un vivant. La subordination des parties au tout, n'apparaît-elle pas encore, bien que d'une manière plus souple et plus savante ? Ainsi en serait-il des individus dans la société » (2). Cependant les individus humains ne sont pas seulement les parties d'un tout social ; si on les considère selon la pleine richesse de leur personnalité, ils sont plus grands que ce tout, d'une valeur incommensurablement supérieure à ce tout ; comme dirait Pascal, cela est d'un autre ordre.

Et rien, à notre sens, n'illustre mieux les hésitations de l'esprit devant ces problèmes que les réflexions du Docteur Carrel, lequel, partisan d'un ordonnancement de la société moderne par rapport à l'homme sain, préconise d'une part un établissement euthanasique, pourvu de gaz appropriés, permettant de disposer de « façon humaine et économique » des criminels qui ont tué, volé à main armée, enlevé des enfants, dépouillé les pauvres, gravement trompé la confiance du public (3), mais ne se hasarde pas cependant à conseiller l'eugénisme forcé : l'eugénisme volontaire qui ne semble pas irréalisable au savant docteur, pourrait d'après lui exercer une grande influence sur la destinée des races civilisées... (4).

En conclusion le problème des rapports de l'Etat et de l'individu, quant à son intégrité corporelle et son existence même, est un problème non juridique : gardons en cette

(2) Semaines sociales de France, Clermont-Ferrand, 1937, Cours de Mgr de Solages : Personnes et sociétés : leurs rapports, p. 240.

(3) Dr A. Carrel : L'homme, cet inconnu, p. 388. Plon, édit., Paris, 1936.

(4) Dr A. Carrel, *op. cit.*, p. 364.

matière une opinion mesurée, et surtout n'espérons pas donner un critère invariable ; répudions les méthodes reposant sur des bases scientifiques controversées (la stérilisation par exemple), n'oublions pas que les médecins peuvent devenir des « Morticoles », conservons dans la mesure du possible le légitime souci de la liberté individuelle, parce que vouloir absorber les personnes dans la Société, c'est entreprendre de les déshumaniser.

SOUS-SECTION 2

DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE PHYSIQUE CONTRE LES ATTEINTES CAUSEES PAR LES PARTICULIERS

51. — Position du problème.

A la suite d'une évolution que nous connaissons, on est passé du stade de la vengeance privée au stade actuel de la justice publique ; l'Etat veille au bon ordre social, il assure le respect de la vie humaine en infligeant une peine à l'auteur d'une infraction ayant atteint un individu dans son corps. Il s'agit donc, en premier lieu, de règles du Droit pénal (parag. 1) ; le Droit civil n'intervient qu'à propos de la réparation du dommage causé (parag. 2) ; dans certains cas particuliers, il s'élèvera un conflit entre une personne ne voulant pas subir un traitement ou une opération chirurgicale et un particulier, lequel a un intérêt pécuniaire à la voir guérie ou tout au moins soulagée : nous étudierons ces cas spéciaux en un paragraphe 3.

. Paragraphe 1

DE LA PROTECTION DE L'INTEGRITE CORPORELLE EN DROIT PENAL

52. — Résumé de règles générales du droit pénal.

Le Droit pénal est sans conteste à la base de notre civilisation ; il serait vain d'établir des systèmes juridiques protégeant les intérêts des individus, si ces derniers pouvaient s'entretuer à leur guise. La guerre privée ayant

exercé ses ravages, les hommes, autant par égoïsme que par esprit de justice, arrivèrent à réglementer cette guerre privée pour aboutir à sa complète disparition.

Il est donc interdit de tuer ou de porter des coups à son prochain, ceci sans distinction de nationalité : le Droit pénal punit le meurtre (art. 295 à 304 C. pén.) ; des peines plus sévères sont prévues lorsque le crime de meurtre a été commis dans des circonstances qui aggravent la culpabilité de l'auteur ; elles tiennent aux conditions dans lesquelles le crime a été commis (préméditation, emploi d'actes de barbarie, concomitance du meurtre avec un autre crime ou délit corrélatif) ou à la qualité de la victime (fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions, ou parent du meurtrier suivant certains degrés).

Le Droit pénal punit toute personne qui donne la mort à autrui ; l'infanticide est le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né (art. 300 et 302 C. pén.) ; l'avortement est l'expulsion provoquée du produit de la conception avant l'époque où il serait devenu viable : l'article 317 du Code pénal primitif le classait parmi les crimes ; la loi du 27 mars 1923 le punit de peines correctionnelles⁽¹⁾ ; de toutes façons, la loi protège l'être avant sa naissance à partir de sa conception.

La loi punit l'empoisonnement, l'administration de substances nuisibles (art. 301, 302, 317 C. pén.), les coups et blessures volontaires (art. 309 à 312 C. pén.) et même l'homicide et les blessures involontaires (art. 319 à 320 C. pén.), car il n'est pas nécessaire d'avoir eu l'intention d'attenter à la vie ou à la santé de la victime pour être déclaré responsable pénalement, la loi punit aussi la maladresse, l'imprudence, l'inattention ou la négligence, l'inobservation des règlements, lesquelles ont été la cause de l'homicide ou des blessures involontaires.

52. — (1) Voir Tarakdjî, l'avortement criminel, C. R. dans la *Rev. de Sc. crim. et de dr. pén. comp.*, 1937, p. 766 ; cons. *Rev. de Sc. crim. et de dr. pén. comp.*, 1939, p. 84, chronique Hugueney.

Le Code pénal punit expressément la castration : étymologiquement on ne devrait punir que le crime d'ablation des testicules, mais on entend par castration le crime d'ablation ou d'amputation d'un organe nécessaire à la génération ; la loi ne distingue pas entre l'homme et la femme, mais l'ovariotomie nécessite une intervention interne et présente rarement un caractère criminel.

Le Code, enfin, punit le viol, c'est-à-dire l'acte par lequel un homme a des relations sexuelles avec une femme contre le gré de celle-ci (art. 332 à 333), et l'attentat à la pudeur, c'est-à-dire un acte exercé directement sur une personne et de nature à porter atteinte à sa pudeur.

En résumé, tout un ensemble de règles assurent la protection de la vie et de la santé des individus ; toute atteinte au corps est réprimée⁽²⁾. Cependant des personnes respectables portent tous les jours des coups et occasionnent des blessures volontaires à de malheureux patients : ce sont les médecins, dentistes, chirurgiens. Nous aurons à nous demander⁽³⁾ si leur impunité résulte du consentement du patient qui s'est soumis volontairement à l'opération, ou d'une autorisation légale, accordée en raison de l'utilité sociale de leur intervention.

53. — Du droit de légitime défense.

Le Code pénal assure de deux manières la protection de cette intégrité corporelle, que d'aucuns appellent le droit à la vie ou à la santé : il prévoit des peines qui seront infligées à l'auteur d'une infraction ayant porté atteinte à la personne physique d'un individu ; il admet, avant toute infraction, une cause particulière de justification : la légitime défense (art. 328 et 329 C. pén.). Sans commettre de faute pénalement répréhensible, on peut repousser la

(2) Sur les tolérances admises par l'usage, voir articles Perreau, *Rev. trim.* 1911, p. 272-275 et 1914, p. 498 (note 2) : v. à propos d'emploi de confetti, *Trib. paix Paris*, 27 février 1902, *Gaz. Trib.*, 1^{er} mars 1902.

(3) Voir 2^e partie, n° 187.

violence par la violence. L'instinct de conservation doit jouer ; cependant il ne faut pas que cette justice privée soit dangereuse pour l'ordre social : le législateur préciera donc les conditions de cette défense pour qu'elle devienne légitime et les infractions qu'elle justifiera.

La défense doit être d'une nécessité actuelle, proportionnée à l'attaque, l'agression elle-même étant injuste, d'une injustice insupportable et irréparable⁽¹⁾.

La légitime défense, en résumé, se présente comme un acte de défense contre une agression injuste ; l'article 328 ne semble parler expressément que d'une agression contre la personne, et la discussion classique est de savoir si l'on peut admettre la légitime défense des biens ; l'article 329 nous permet, semble-t-il, d'accepter le principe d'une défense des biens. A cette question se rattache le problème de l'emploi des engins automatiques pour la défense des propriétés.

Il est des engins automatiques utilisés pour la protection des intérêts de leurs maîtres : nul n'en critique l'emploi, quand ils ne causent à personne un dommage sensible, par exemple, les sonneries, lampes, ou pétards, avertissant le maître de céans de l'entrée d'un nouveau venu, les mécanismes refermant les portes pour arrêter les animaux errants, les intrus ou simplement les regards importuns. La discussion surgit sitôt qu'apparaissent des dommages sérieux pour autrui : peut-être accepterait-on semblables entraves ou dommages par la résistance de la personne elle-même qui les proportionnerait aux besoins de sa défense, mais on s'insurge contre l'emploi de machines causant aveuglement des dommages⁽²⁾.

L'emploi sur son bien d'engins pouvant automatiquement blesser les personnes fut discuté longuement : la jurisprudence actuelle oblige le propriétaire qui laisse tout

53. — (1) V. Cass. 28 mai 1937. *Rev. de Sc. crim. et de dr. pén. comp.*, 1937, p. 682, chron. de M. Magnol.

(2) V. Payen ; De l'emploi d'engins automatiques pour la défense des propriétés et de la responsabilité pénale, *thèse* Paris, 1905. Cf. E. H. Perreau : Distributeurs, compteurs et appareils automatiques, *Rev. crit.*, 1938, p. 128, par. 3.

venant traverser son immeuble, à prendre toutes précautions requises pour n'occasionner nul dommage aux passants ⁽³⁾ ; à plus forte raison répond-il des morsures du chien méchant qu'il y a placé, lorsqu'elles ont été causées à des personnes pénétrant chez lui sans méfiance, en plein jour, selon l'habitude locale ⁽⁴⁾.

Toutefois, la nuit, la scène change, au moins dans les immeubles clos : le propriétaire n'est pas tenu d'éclairer son immeuble pour empêcher les étrangers s'y aventurant, d'y heurter des obstacles ⁽⁵⁾, il a le droit d'en assurer la garde par un chien ⁽⁶⁾.

Cependant on lui a contesté le droit d'y placer des engins de défense automatique susceptibles de causer un dommage hors de proportion avec l'imprudence commise par un visiteur, même de nuit, lequel n'est pas averti de se méfier, comme il l'est par les aboiements d'un chien.

Les blessures et même l'homicide sont excusés, ou absous par la loi, quand ils sont rendus nécessaires pour la défense de la personne (art. 321, 322, 328 et 329 C. pén.), mais on a nié qu'ils le soient quand il s'agit seulement de défendre la propriété ⁽⁷⁾.

On peut supposer cependant, d'après les décisions antérieures ⁽⁸⁾, que l'emploi, même pendant le jour, d'un appareil automatique pour écarter les importuns ou les mal-fauteurs serait admis par la jurisprudence. Cette solution nous semble excessive, et pour les Romains eux-mêmes, si férés de leur droit de propriété, il n'était pas permis

(3) Req. 1^{er} juillet 1878, S. 1879.1.423 ; 1^{er} juin 1881, S. 1884.1.31.

(4) Alger, 5 juin 1878, S. 1880.2.176 ; Trib. Nice, 23 octobre 1912, *Gaz. Trib.* 1912, II, 2, 397.

(5) Civ. 27 décembre 1898, S. 1899.1.230 ; cf. Charmont. *Rev. crit.*, 1900, p. 9.

(6) Bordeaux, 6 avril 1892, S. 1892.2.183 ; cf. Demogue, *Rev. trim.*, 1904, p. 860, n° 19.

(7) Note Lyon-Caen, S. 1903.1.5 sous Req. 25 mars 1902, qui considère comme justifiée la défense d'un vivier au moyen de détonateurs susceptibles de blesser grièvement.

(8) Dijon, 21 mars 1900 et Req. 25 mars 1902, S. 1903.1.5, à propos d'une blessure occasionnée par un détonateur à un braconnier ; Paris, 8 juillet 1903, S. 1904.2.246 ; Cass. 20 janvier 1904, S. 1904.1.320, à propos d'une morsure de chien.

d'employer sans précaution tout moyen de défense contre les atteintes d'autrui : des textes du Digeste, cités par M. Perreau ⁽⁹⁾, reconnaissent la responsabilité du propriétaire qui n'a pas averti du danger le public auquel il est permis, d'après une tolérance générale, de traverser le fonds. Une distinction doit être établie, non pas rigide, mais souple, selon les circonstances mêmes de l'espèce : est-ce de jour ou de nuit ? Est-on dans une maison isolée, ou au contraire assez près de voisins connus ? L'accès de la propriété est-il libre, ou au contraire très difficile ?

Est-on par exemple de nuit, dans un parc isolé, clos de murs élevés, alors il sera licite d'employer un appareil même dangereux ; le jour, près d'un hameau, dans une propriété entourée seulement d'une haie symbolique, il serait excessif de tolérer sans restriction l'usage d'engins dangereux.

Un autre problème est celui de la légitime défense de l'honneur. Nous réservons cette question, afin de grouper tous les principes relatifs à la protection de l'honneur.

La légitime défense, notons-le, se distingue de la contrainte : fait justificatif, elle est plus qu'une simple cause d'irresponsabilité ; si, en effet, la preuve de la légitime défense, comme de la contrainte, est à la charge de la défense, la légitime défense entraîne pour l'inculpé une *justification* ; il ne sera pas puni pénalement, il ne sera pas condamné à verser des dommages-intérêts ; on considère qu'il avait le droit de se défendre ; la légitime défense est une cause de justification pour tous ceux qui ont assisté l'inculpé : la légitime défense est une circonstance qui agit *in rem*, pour effacer la criminalité du fait ⁽¹⁰⁾.

La contrainte, au contraire, laisse subsister une certaine responsabilité à la charge de l'agent du crime : il sera par exemple condamné à verser des dommages-intérêts ;

(9) Dig. IX, 2, *ad legem aquiliam*, 31, cit. par M. E. H. Perreau, *art. cit.*, p. 130 bas.

(10) V. R. Garraud : *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e édit., tome 2, n^o 434, p. 4.

la contrainte agit pour détruire la culpabilité de l'agent, et de l'agent seulement.

Dans ces conditions, on parle du droit de légitime défense : c'est là une règle de bon sens ; elle est la traduction juridique du réflexe instinctif de l'homme en danger de perdre la vie ou de souffrir dans son corps ; la limitation imposée, c'est en somme la « mesure », la légitime défense ne pourra couvrir des actes criminels.

Ainsi, le Droit pénal donne une place importante à la protection de l'intégrité corporelle ; il prévoit des peines et admet dans certains cas limités, le droit de se défendre contre une atteinte injustifiée, fût-ce même par un acte de violence. Le fondement de cette réglementation, c'est le désir d'assurer la paix sociale.

Paragraphe 2.

DE LA REPARATION DU DOMMAGE CAUSE A LA PERSONNE PHYSIQUE

54. — Le droit civil est un droit réparateur.

La protection de la personne physique et la répression des atteintes portées au corps sont des problèmes de Droit public (Droit pénal et parfois Droit administratif) ; le Droit civil assure la réparation du dommage causé à la personne physique. C'est au point de la vue de la responsabilité provoquée par les accidents que des problèmes intéressants se posent.

Selon le Droit positif, deux cas doivent être distingués : un accident survient, ce peut être ou non un accident du travail.

55. — De la réparation du dommage corporel causé par un accident quelconque ⁽¹⁾.

C'est par exemple une automobile qui renverse un piéton. L'accident atteignant la personne physique, provoque différents troubles : des douleurs plus ou moins vives, des

55. — (1) Les hypothèses de réparation du dommage corporel sont très variées : à part l'accident de circulation, l'accident au sens large, signa-lons les coups et blessures, l'arrestation arbitraire, le viol, l'attentat à la pudeur, les voisinages insalubres, les simples inconvénients (voir Esmein, tome VI, n° 547, p. 753 et notes). Nous ne pouvons songer à donner ici une énumération exhaustive des différents cas.

La communication de maladie contagieuse est sanctionnée également par l'article 1382 du code civil : certains droits étrangers établissent le délit de contamination intersexuelle (v. par ex. l'article 554 du Code pénal italien de 1930). — Les décisions les plus nombreuses concernent les indemnités réclamées par les nourrices atteintes de syphilis, lorsque cette maladie leur a été communiquée par le nourrisson qui leur a été confié. V. encore Trib. civ. Seine, 13 mars 1923, *Gaz. Trib.* 14 mai 1923. Les instances en divorce ou séparation de corps ont souvent à statuer sur les réparations qu'un époux doit à l'autre pour faits de contamination : l'époux qui a communiqué le mal est tenu à des dommages-intérêts qui se présentent souvent sous la forme de pensions ; il n'est pas nécessaire, bien entendu, que le mal ait été communiqué intentionnellement, la négligence suffit (voir Watrin : Les actions en responsabilité civile, nées des actes contraires aux bonnes mœurs, thèse Paris, 1917, p. 92-93).

Comp. sur le refus de reprendre la vie commune avec un mari atteint de tuberculose contagieuse, *Rev. trim. de droit civil*, 1933, p. 452, n° 2.

Sur la responsabilité, en matière de maladie contagieuse, voir note Leloir, *D. P.* 1904.2.157, sous Paris, 12 janvier 1904 ; chronique G. Ripert, *Rev. crit.*, 1908, p. 193, sous Req. 31 oct. 1906.

A propos de personnes non mariées, cf. Trib. civ. Orléans, 4 mars 1921, *Gaz. Pal.* 1921.2.63 ; Paris, 9 mai 1923, *Gaz. Trib.* 24 juin 1923 ; Trib. civ. Seine, 13 décembre 1930, *Gaz. Trib.* 14 février 1931.

On trouve également des cas de réparation pour maladie contractée à la suite d'absorption d'eau impure (fièvre typhoïde) : voir note Lalou, *D. P.* 1932.2.77 ; Paris, 31 décembre 1934, *D. P.* 1935.2.45, note Lalou, *S.* 1936.2.81, note Durand.

Deux observations sont nécessaires : 1° La question de preuve est délicate en cette matière : non seulement la nourrice, par exemple, doit prouver que les parents sont contaminés, mais encore que les accidents syphilitiques qu'elle présente ne peuvent résulter que du fait de son nourrisson. C'est le lien de cause à effet qu'il est difficile de démontrer dans ces cas de communication de maladies, car une certaine prédisposition du malade, ou sa négligence, peut être la cause du dommage. V. sur cette théorie du lien causal Esmein, tome VI, n° 539, p. 739 et note 5 ; *Crim.* 23 octobre 1931, *Gaz. Pal.* 1931.2.934 (aff. de la Cie des Eaux de Lyon) ; comp. Req. 31 octobre 1906 précité, *S.* 1907.1.343.

2° Il faut limiter le champ de cette responsabilité au cas de négligence : le simple fait de porter des germes contagieux ne peut entraîner la responsabilité du porteur de germes, sinon la vie en société ne serait plus possible ; l'existence d'une omission, négligence, réticence

blessures, quelquefois la mort ; ces blessures peuvent entraîner une incapacité de travail temporaire ou permanente ; elles peuvent, par suite des infirmités qu'elles occasionnent, causer un dommage moral.

Deux problèmes se posent : 1° quelles seront les règles permettant de répondre à la question : qui doit réparer ? 2° en admettant que la personne responsable soit déterminée, quel sera le préjudice à réparer ?

1° *Détermination des règles de la responsabilité.*

Selon les règles générales de la *responsabilité délictuelle*, le demandeur en réparation obtiendra des dommages-intérêts s'il fait la preuve de la faute de l'auteur présumé de l'accident (art. 1382). Cependant, avec les applications de plus en plus fréquentes de l'article 1384 (resp. du fait des choses), le demandeur se couvrant d'une présomption de faute à l'encontre du défendeur, attendra la preuve contraire. Il sera de même dégagé de la charge de la preuve avec les articles 1385 et 1386. Cependant la valeur de la présomption de faute varie ; tantôt la présomption n'a de force que jusqu'à preuve contraire, tantôt elle est irréfragable ; nous nous trouvons alors en face d'une véritable responsabilité sans faute.

Mais il peut se faire qu'au cours de l'exécution d'un contrat, un des contractants soit blessé : quelle va être cette responsabilité pour dommage corporel subi au cours de l'exécution d'un contrat ? Est-ce une responsabilité délictuelle ? Est-ce une responsabilité contractuelle ?

ou abstention fautive est nécessaire ; comparer note Sallé de la Marnierre, *D. P.*, 1936.2.25 sous Poitiers, 12 nov. 1935.

Voir à propos d'un rasoir malpropre, dont se serait servi un coiffeur : Colmar, 20 mars 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.65.

V. sur la resp. contractuelle d'un hôpital : Bordeaux, 14 mars 1929, *Rev. trim. dr. civil*, 1929, p. 765.

Sur l'interdiction faite par un père de famille à un co-locataire d'amener dans l'appartement voisin, des personnes atteintes de scarlatine, voir Trib. Seine (référés), 2 déc. 1916, *Rev. trim.*, 1917, p. 156, n° 37.

E. H. Perreau, Maladies contagieuses et baux à loyer, Etudes de dr. civ. à la mémoire de H. Capitant, p. 601 et suiv.

La jurisprudence adopte une théorie discutée en doctrine : celle de *l'obligation de sécurité découlant du contrat primitif*. Le mouvement est incontestable qui porte la jurisprudence à étendre le champ d'application de la responsabilité contractuelle aux dommages corporels, toutes les fois qu'il existe un contrat entre l'auteur du dommage et la victime. L'application des articles 1382 et suivants est en recul ; on distingue des contractants, là où jadis, en ce qui concerne un rapport obligatoire déterminé, on ne discernait que des tiers. Volontiers nos tribunaux estiment qu'en concluant tel ou tel *negotium*, les parties entendent que l'une d'elles assure, vis-à-vis de l'autre, une obligation de sécurité, obligation postulée par l'économie générale de l'opération, par les exigences de la bonne foi et de l'équité ⁽²⁾.

L'obligation que l'on prétend découvrir dans l'accord des parties est, en réalité, une obligation d'origine prétorienne ; notre jurisprudence déplace ainsi la charge de la preuve ; la victime d'un accident corporel obtient alors une situation meilleure dans la lutte judiciaire. Peut-être la Cour de Cassation aurait-elle évité, pour obtenir le résultat qu'elle voulait atteindre, d'avoir recours à une prétendue obligation de sécurité, si à l'époque où la question s'est posée devant elle, pour le contrat de transport notamment, la notion de présomption de responsabilité en matière de dommages causés par le fait des choses, avait déjà reçu l'extension et la portée qu'elle a aujourd'hui ⁽³⁾.

Nous aurons plus loin ⁽⁴⁾ à étudier la question de la disponibilité du droit à l'intégrité corporelle et en conséquence à revenir sur cette obligation de sécurité : nous avons voulu indiquer ici les deux procédés de technique juridique permettant la réparation d'un dommage cor-

(2) Jean Aigon : Des conventions relatives à la responsabilité des accidents corporels, *Thèse Toulouse*, 1935, p. 131.

(3) J. Aigon : *Thèse précitée*, p. 132 *in fine* ; cf. Note Ripert, *D. P.*, 1929.1, p. 130-131.

(4) Voir, 2^e partie, nos 186, 187.

porel causé par un accident quelconque, de « droit commun », si j'ose ainsi m'exprimer !

2° Détermination du préjudice à réparer.

Parmi les conséquences dommageables de l'accident, certaines peuvent être évaluées pécuniairement : frais médicaux, pharmaceutiques, ou d'hospitalisation, d'une part ; incapacité matérielle de travail, d'autre part.

Une première règle est certaine : l'auteur de l'accident devra indemniser la victime de ses frais divers et de son manque à gagner.

Une seconde, autrefois controversée, ne soulève plus de discussions aujourd'hui : on allouera une certaine somme d'argent à la victime en compensation du préjudice physique qu'elle a subi ; certes l'argent ne pourra, hélas ! changer la suite naturelle de l'accident, mais il serait encore plus inique de ne rien accorder du tout. Mis à part, donc, les dommages d'ordre matériel évaluables pécuniairement, la jurisprudence alloue des dommages-intérêts spéciaux représentant le dommage physique à la personne : l'indemnité n'étant pas limitée aux frais de traitement et aux gains perdus, c'est le surplus qui représente cette indemnité.

Il peut exister également un dommage d'ordre moral : les souffrances physiques, au présent point de vue, sont un dommage moral. La jurisprudence alloue des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral ⁽⁵⁾.

Comme l'écrit Mlle Ripert, dans sa thèse ⁽⁶⁾, « sans doute si on pouvait arriver à remettre les choses dans le même état que si le dommage ne s'était jamais produit, il y aurait alors réparation véritable et cette réparation idéale serait la réparation en nature. Mais alors le problème de la responsabilité civile n'existerait plus : il sup-

(5) Nous laissons de côté ici le problème de la réparation de la douleur supportée par les parents du blessé et plus généralement du défunt : c'est la question du *pretium doloris*.

(6) L. Ripert : la réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle. *Thèse Paris*, 1933, p. 19, n° 18.

pose, en effet, nécessairement l'existence du dommage, et l'action qui tend à la disparition du dommage n'est pas l'action en responsabilité ⁽⁷⁾. Si le défendeur arrive par un moyen quelconque à anéantir les effets de sa faute, il n'y a plus lieu à une action en responsabilité. Le jugement qui assurerait la remise des choses dans le même et semblable état ne serait pas un jugement sur la responsabilité de l'auteur de l'acte. L'action en responsabilité suppose que le dommage existe, que nul ne peut plus empêcher qu'il ne se soit produit, et il s'agit alors uniquement de savoir par qui et comment il doit être réparé, c'est-à-dire compensé : l'action en réparation n'est qu'une action en compensation du préjudice souffert ».

Le préjudice causé par une atteinte à l'intégrité de la personne physique est irréparable, ou n'est réparable que par la seule force de la nature : on ne peut donc accorder à la victime qu'une compensation sous forme d'une somme d'argent ; les tribunaux n'en prononcent pas d'autre.

Le dommage corporel est d'une évaluation difficile, il y a ici perte ou diminution de l'activité physique, ou atteinte à l'intégrité corporelle : le juge doit évaluer le préjudice que représente la perte d'un œil, l'amputation d'un membre. Comment faire cette évaluation, alors qu'interviennent tant de considérations personnelles à la victime ? Tribunaux et experts, écrit Mlle Ripert ⁽⁸⁾, ont tellement pris l'habitude de ces compensations qu'ils ne paraissent plus se douter des difficultés de calcul qu'elles soulèvent. Ils évaluent le déficit fonctionnel, le pourcentage d'incapacité, la souffrance subie : leur désir est de ne laisser aucun préjudice sans réparation. La simple déformation des traits du visage après une légère blessure crée un préjudice qualifié de préjudice esthétique et qui est évalué en tenant compte de la profession de la victime. C'est en effet un des éléments de la personne, qui

(7) C'est là une distinction propre à Mademoiselle Ripert.

(8) L. Ripert : *Thèse précitée*, p. 161, n° 144.

présente un caractère positif dans cette évaluation, mais nous avons montré que même si aucune diminution de la capacité de travail n'est résultée de l'accident (c'est par exemple un banquier qui boite à la suite d'un accident d'automobile), les tribunaux accorderont une réparation, tenant compte en lui-même de ce dommage corporel.

56. — De la réparation du dommage corporel causé par un accident du travail.

Une législation spéciale (loi du 9 avril 1898 modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1938) soustrait au droit commun de la responsabilité la réparation des dommages causés par les accidents du travail ou les maladies professionnelles, c'est-à-dire les accidents subis ou les maladies contractées par le fait ou à l'occasion du travail.

Le droit commun présentait des insuffisances notables à cet égard ; avant la loi, l'ouvrier victime d'un accident agissait en vertu de la responsabilité délictuelle ; il n'avait pas de peine à justifier d'un préjudice, à prouver que le dommage subi par lui était la conséquence de l'activité du défendeur, mais il lui était difficile et souvent impossible de démontrer que le défendeur, c'est-à-dire l'employeur, avait commis une faute.

Pour lutter contre ces solutions rigoureuses vis-à-vis de l'ouvrier, on tenta de faire adopter par la jurisprudence la théorie de la responsabilité contractuelle. Pouvait-on faire application de cette théorie au problème des accidents du travail ? Certains auteurs ⁽¹⁾ le soutinrent : l'ouvrier et le patron, disaient-ils, sont liés par le contrat de louage de services, le patron en embauchant un ouvrier s'engage implicitement à assurer sa sécurité ; donc, si un accident survient au cours du travail, l'employeur est responsable de plein droit, à moins qu'il ne puisse prouver

56. — (1) Sauzet : Responsabilité des patrons, *Rev. crit.*, 1883, p. 596 et 608.

Sainctelette : Responsabilité et garantie, Bruxelles, 1884.

que l'accident est dû à la propre faute de l'ouvrier. Cette théorie aboutissait à renverser la charge de la preuve, c'est celle qu'applique la jurisprudence en d'autres domaines, notamment depuis 1911, aux accidents causés aux voyageurs lors d'un transport ; c'est la notion de l'obligation de sécurité, qui évite au voyageur, en cas d'accident, d'avoir à prouver la faute du voiturier.

Le droit de la responsabilité délictuelle aurait pu fournir une autre voie à la victime de l'accident du travail pour obtenir réparation ; depuis 1896 ⁽²⁾, la Cour de Cassation voit dans le premier alinéa de l'article 1384, le siège d'une responsabilité du fait des choses à la charge de celui qui a la garde de la chose : le gardien est responsable de plein droit ; la controverse ici n'est pas éteinte, car si le fondement de cette responsabilité n'est autre que l'idée de risque pour M. Jossierand, comme pour M. Saleilles, la très grande majorité des décisions jurisprudentielles, en revanche, repoussent officiellement cette doctrine, pour s'en tenir à la notion de présomption de faute, ou plutôt à celle de présomption de responsabilité, selon les termes de l'arrêt du 13 février 1930 ⁽³⁾. La question est d'actualité, puisque c'est encore sur ces notions que porte la discussion à propos de la responsabilité du propriétaire de l'automobile volée, en cas d'accident causé par le voleur.

Toujours est-il que le Parlement a élaboré la loi de 1898, en fonction de la conception ancienne, qui exigeait de la victime la preuve de la faute de l'employeur. Les théories palliatives proposées n'ayant pas été agréées, l'intervention du législateur parut indispensable.

Dans la législation actuelle, on ne se contente pas de renverser la charge de la preuve, il n'y est plus du tout question de faute. La responsabilité ne suppose plus que deux éléments : l'existence d'un dommage, et un rapport

(2) Civ., 16 juin 1896, *D. P.*, 1897.1.433, note Saleilles ; *S.*, 1897.1.17, note Esmein.

(3) Ch. Réunies Cass., 13 février 1930, *D. P.*, 1930.1.57, note Ripert ; *S.*, 1930.1.121, note P. Esmein.

de cause à effet entre ce dommage et le travail. Cependant le législateur a estimé qu'on ne pouvait aller jusqu'au bout du système sans violer l'équité : la faute inexcusable du patron aggrave sa responsabilité ; réciproquement, les accidents dus à une faute intentionnelle de l'ouvrier, ne sont pas à la charge du patron, et les accidents dus à une faute inexcusable de l'ouvrier entraînent une réduction de l'indemnité prévue ; enfin la jurisprudence a admis l'irresponsabilité du patron lorsqu'il y a accident dû à une force de la nature : la notion de faute a donc laissé quelques traces dans la responsabilité des accidents du travail.

De plus, alors qu'en cas d'accident quelconque, le dommage physique est réparé en tant que tel, avec ou sans dommage matériel concomitant, dans la réparation du dommage causé par un accident du travail, seul est compensé le potentiel d'énergie, la force du travail qui faisait vivre l'ouvrier et sa famille ; nous nous trouvons en face d'un élément facilement évaluable pécuniairement, d'où le calcul des indemnités et rentes en fonction du salaire reçu antérieurement à l'accident ; la réparation a un caractère alimentaire ⁽⁴⁾.

Si nous laissons de côté les questions de pure interprétation de la loi de 1898, nous pouvons conclure que la loi sur les accidents du travail édicte des règles particulières de responsabilité pour une catégorie donnée d'atteintes à la personne physique ; mais la réparation qu'elle institue a pour objet de compenser le dommage patrimonial subi, à savoir le manque à gagner, l'incapacité de travail. Dans le droit commun de la responsabilité, au contraire, le dommage corporel est réparé indépendamment de l'incapacité de travail qui résulte de ce dommage même.

(4) Rouast et Givord, *Traité des accidents du travail*, p. 27 et notes, Lib. Dalloz, Paris, 1934.

Paragraphe 3.

DES CONFLITS DE LA VOLONTE DU MALADE AVEC
CELLE DU MEDECIN REPRESENTANT LES INTE-
RETS PECUNIAIRES D'UNE PERSONNE PHYSIQUE
OU MORALE.

**57. — Du droit au refus de traitement médical ou chirur-
gical.**

C'est là un problème aussi pratique, mais moins courant que celui de la réparation du dommage corporel, dont il forme la suite possible. Nous avons antérieurement ⁽¹⁾ étudié une première sorte de conflits entre la volonté du malade et celle du médecin représentant l'Etat, puissance publique ; nous nous trouvons ici en face de la difficulté suivante : c'est la victime d'un accident du travail qui refuse d'accepter un traitement que veut lui imposer la compagnie d'assurances ; cette dernière déclare que l'incapacité de la victime serait réduite, mais... également son indemnité !

Quels sont les droits du patient ? La loi du 30 novembre 1892, celle du 19 ventôse an XI ne renferment sur ce point, comme sur tout le problème du droit au refus, aucune disposition ; en principe, la volonté du malade apparaît souveraine, en raison du respect que l'on doit à la personnalité humaine. Cependant, s'il semble impossible d'imposer en cette matière un traitement, puisqu'aucun intérêt social de premier plan n'est en jeu, à la différence du cas précédemment étudié, il n'en est pas moins vrai qu'un conflit s'élève entre les prétentions respectives des parties ; la conciliation est épineuse, car elle met en jeu les droits de la personne humaine.

Cette situation a pris de nos jours une importance considérable, car de plus en plus le médecin tend à devenir

57. — (1) Voir n° 46 et suiv.

le représentant d'un particulier ou surtout d'un groupement, d'une compagnie d'assurances, par exemple (2).

Le groupement intéressé pécuniairement à l'amélioration physique d'un malade doit pouvoir exercer un droit de contrôle sur le traitement du patient (3).

Notamment, à propos des accidents du travail, on peut se demander si le blessé a le droit de refuser de se laisser examiner, de se laisser panser, de se laisser soigner, de refuser une injection de sérum antitétanique ou de refuser une opération. Le patron doit en cas d'incapacité temporaire le demi-salaire (4) : l'ouvrier peut chercher à prolonger la durée de l'incapacité temporaire en refusant un traitement ; de même s'il s'agit de calculer une incapacité permanente, ou d'en fixer le point de départ au jour de la consolidation, l'ouvrier peut ne pas accepter un traitement qui aurait pour résultat de supprimer ou de diminuer l'incapacité permanente ou bien d'en rapprocher le point de départ.

La loi du 9 avril 1898, modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1938 (art. 4, par. 2), laisse à la victime le libre choix de son médecin, mais le blessé ne reste pas maître de négliger complètement les soins nécessaires à l'amélioration de son état ; l'article 4, paragraphe 12 (ancien par. 5, ajouté par la loi du 31 mars 1905), confère à l'employeur le droit de faire désigner par le juge de paix un médecin, chargé de visiter l'ouvrier pendant son traitement ; il suppose donc le droit pour l'employeur de contrôler le traitement de l'ouvrier victime d'un accident du travail et l'obligation pour l'ouvrier de se faire soigner. Mais dans quelles mesures la victime est-elle tenue de se soumettre

(2) Sur le développement contemporain de cette médecine « à trois », voir Garraud et L. L., *op. cit.*, n° 14, p. 19 et 20.

(3) Garraud et L. L., *op. cit.*, n° 14, p. 20. — Comparer C. Haymann : les prestations médicales de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents, *Revue internationale du Travail*, octobre 1938.

(4) A partir du 33^e jour après celui de l'accident, le taux de l'indemnité journalière sera non plus de 50 %, mais de 66,66 %, soit des deux tiers du salaire journalier (art. 3 de la loi du 9 avril 1898, modifié par la loi du 1^{er} juillet 1938, paragraphe 6).

à un traitement ? Comment résoudre le conflit qui s'élève entre les obligations respectives du patron et du salarié ?

58. — Conséquences juridiques du refus de traitement.

En principe, il n'est pas loisible au blessé d'aggraver ou de prolonger arbitrairement les charges pécuniaires de son patron à son égard, il est tenu de recourir aux soins médicaux dans la mesure nécessaire à l'amélioration de son état.

Le principe est affirmé par la jurisprudence dès les premières décisions sur ce point : l'ouvrier blessé par suite d'un accident du travail a l'obligation légale de se laisser soigner ⁽¹⁾ ; si le blessé a négligé un traitement, la rente réclamée sera réduite dans la proportion où le traitement médical refusé ou négligé a diminué l'incapacité du demandeur ⁽²⁾ ; dans certains cas, les tribunaux ont été jusqu'à rejeter toute demande d'indemnité ⁽³⁾.

Quant aux interventions chirurgicales, progressivement on admit des solutions analogues ; au lendemain de la loi, on jugeait déjà que la victime doit se soumettre aux actes nécessaires de petite chirurgie, au nettoyage et au pansement de la blessure ⁽⁴⁾ ; mais quelques auteurs et tribunaux décidaient de ne pas diminuer le taux des rentes pour le refus d'opération sanglante quelconque ⁽⁵⁾. Très

58. — (1) Douai, 14 nov. 1900, S. 1901.2.213.

(2) Trib. Narbonne, 17 juillet 1900, S. 1901.2.224. — Trib. Draguignan, 18 juin 1901, *Rec. spéc. acc. trav.*, II, p. 287. — Douai, 10 juin 1903, *ibidem*, III, p. 261. — Trib. Lille, 20 mars 1902, *Rec. spéc. accid. trav.*, III, p. 31. — Besançon, 31 déc. 1901, S. 1902.2.134. — Toulouse, 4 avril 1903, *Rec. spéc. accid. trav.*, III, p. 218. — Trib. Havre, 17 avril 1902, *Rec. min. comm.* II, p. 75. — Bordeaux, 13 avril 1900, *Rec. spéc. accid. trav.* I, p. 315.

(3) Rennes, 10 déc. 1901, S. 1902.2.135, *D. P.* 1902.2.299. — Lyon, 10 janv. 1903, *Rec. spéc. accid. trav.* IV, p. 28. — Angers, 11 août 1902, S. 1903.2.208, *Req.* 9 janv. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.2.141, S. 1938.1.137, note E.-H. Perreau.

(4) Voir Sachet, tome I, n° 472. — Aix, 21 déc. 1901, *Rec. spéc. accid. trav.*, II, p. 364. — Besançon, 31 déc. 1901, S. 1902.2.135.

(5) Bordeaux, 13 avril 1900, *Rec. spéc. accid. trav.*, I, p. 315. — Trib. Vannes, 9 août 1900, *D. P.*, 1901.2.307. — Trib. Seine, 4 mars 1901, *Rec. spéc. accid. trav.*, II, p. 320. — Trib. Marseille, 30 mai 1902, *Rec. min. comm.*, II, p. 93. — Rouen, 5 juillet 1902, *Rec. spéc. accid. trav.*, III, p. 122.

vite, on reconnut au juge le pouvoir de réduire les rentes dans la mesure où l'incapacité serait diminuée par toutes les opérations même mutilantes, n'imposant pas de douleurs exceptionnelles, sans risque grave pour la vie du patient, et dont le médecin garantit d'avance l'efficacité (6). On en a jugé ainsi pour l'ablation d'une ou plusieurs phalanges (7), le refus de la réduction d'une luxation d'épaule (8), d'une iridectomie (9), de l'incision d'une bride cicatricielle plantaire (10), de la cure radicale d'une hernie (11).

En revanche, le refus d'opérations particulièrement douloureuses, ou comportant des risques sérieux pour la vie du patient, ou dont le médecin ne peut garantir d'avance l'efficacité, est légitime (12).

Evidemment l'interprétation varie : si le principe de l'opération obligatoire est reconnu, toutes les fois que l'opération n'est ni dangereuse, ni particulièrement douloureuse (13), le refus est légitime lorsqu'il existe un risque normal, prévisible ; cependant certaines décisions restrictives déclarent que toute opération, même simple, comporte de tels aléas, que le refus de l'opération est légitime (14). A propos de l'anesthésie générale, on admet que

(6) Nancy, 23 juillet 1910, *S.*, 1911.2.282. — Req. 15 fév. 1910, *S.*, 1910.1.310. — Req., 8 janv. 1918, *Journ. Assur.*, 1919, p. 139.

(7) Douai, 10 avril 1905 et Grenoble, 15 avril 1905, *S.* 1905.2.192.

(8) Rennes, 10 déc. 1901, *S.* 1902.2.135.

(9) Trib. Lyon, 2 août 1901, *Rec. spéc. accid. trav.*, II, p. 327.

(10) Paris, 20 juillet 1909, *Rev. jud.*, 1909, p. 328.

(11) Trib. Bayonne, 19 avril 1905, *Pand. fr.*, 1907.2.298. — V. aussi Trib. Alpes-Maritimes, 13 nov. 1926, *Gaz. Trib.*, 1927.2.233.

(12) Besançon, 27 nov. 1901, *Gaz. Pal.*, 1902.1.187. — Trib. Havre, 9 mai 1902, *Rec. min. comm.*, II, p. 124. — Besançon, 24 fév. 1933, *Rev. gén. assur. terr.*, 1933, p. 650.

(13) Voir encore Saint-Etienne, 29 janv. 1904 et Lyon, 10 mai 1904, *R. A. T.*, 1905. — Grenoble, 7 avril 1908, *Rec. Assur.*, 1915, p. 297 : refus d'apposition d'appareils de prothèse dentaire.

(14) Cf. Ch. Lesoudier, de l'obligation légale pour l'ouvrier victime d'un accident du travail de se soumettre au traitement prescrit par le médecin, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1904, p. 285. Voir références de M. Gauduier : Etude critique de législation et de jurisprudence sur le risque professionnel. Les lois nouvelles, 1925, 2^e partie, p. 239, note 3. — Garraud et L. L., *op. cit.*, p. 30, note I *in fine*.

le blessé n'est pas tenu d'accepter une opération la nécessitant ⁽¹⁵⁾.

En règle générale donc, le refus de traitement ou d'opération entraîne des conséquences pécuniaires : cependant des considérations d'humanité légitiment le refus d'opérations douloureuses ou dangereuses ou peu utiles : au cas d'une opération même peu douloureuse, on excusera le refus opposé par le blessé à subir l'opération, s'il s'explique par l'état de dépression provenant de l'accident : l'aggravation par suite du défaut d'opération sera alors tenue pour une suite de l'accident lui-même ⁽¹⁶⁾.

L'employeur peut donc, dans certaines conditions, exiger une opération dans le but d'assurer la consolidation de la blessure à des conditions avantageuses ; mais une fois cette consolidation obtenue, le travail repris et l'indemnité réglée, l'ouvrier ayant rempli toutes ses obligations en acceptant le traitement ou l'opération nécessaire à la liquidation de sa rente, l'employeur ne pourra plus exiger une opération en vue d'accroître la capacité de l'ouvrier et obtenir ainsi une revision de la rente ⁽¹⁷⁾.

59. — Conclusion de portée générale, à propos de ce droit au refus.

Ce problème du droit au refus peut se poser également au cas d'assurance contre les accidents ; les polices françaises d'assurances individuelles contre les accidents contiennent souvent une clause ainsi conçue : « Quand des aggravations de blessures auront été occasionnées par le manque de soins ou par un traitement qui n'aura pas été

(15) Sachet, tome I, n° 469 ; rapprocher C. de préfecture de la Seine, 14 mai 1889, *Journ. le Droit*, 17 mai 1889. — Trib. Narbonne, 28 mai 1903, *Moniteur judiciaire du Midi*, 1904, p. 5.

Cf. H. et L. Mazeaud : *Traité de la responsabilité civile*, tome 2, 3^e édition 1939, n° 1474-2, p. 442-443 (t. et notes).

(16) Douai, 26 nov. 1906, *Revue des Assur.*, 1907, p. 571. — Grenoble, 27 nov. 1908, S. 1909.2.43. — Nancy, 24 oct. 1910, S. 1911.2.110.

(17) Civ., 16 déc. 1912, S. 1913.1.142. — Req., 8 janv. 1918, *Journal Assur.*, 1919, p. 139.

institué par un médecin diplômé, l'indemnité sera calculée, non sur les suites effectives du cas, mais sur celles qu'il aurait eues sans ces aggravations » (1). Il s'agit alors de connaître la portée de la clause. Les mêmes principes devraient jouer, semble-t-il, en matière de pensions militaires des victimes de la guerre (2) ; cependant, à côté de malheureux, on a vu prospérer des pensionnés « abusifs ».

Nous n'avons pas l'intention d'énumérer ici toutes les hypothèses pratiques (3) : qu'il nous suffise d'avoir montré le problème à résoudre.

Quel critère adopter ? Dans leur ensemble, les décisions de jurisprudence semblent appliquer le critère proposé par MM. Garraud et LL. (4) : on se fondera, non pas sur le caractère sanglant ou non de l'opération, non pas (sauf exception) sur l'importance de la douleur à supporter, mais plutôt sur le point de savoir si le patient court un risque normalement prévisible.

La sanction du refus injustifié sera toujours indirecte et civile ; le refus de traitement est une faculté pour le malade ou le blessé, mais les tribunaux peuvent voir dans le refus opposé par la victime une faute et se fonder sur cette faute pour diminuer ou même supprimer la réparation. L'établissement de cette sanction indirecte a été

59. — (1) Voir Perreau, *Rev. crit.*, 1936, p. 311.

(2) Voir Garraud et LL., n° 30, p. 50 et 51.

(3) Il faut noter aussi le problème des expertises médicales : examen général, analyse du sang.

Le Trib. civ. de Nice a statué le 17 nov. 1937 (*D. H.*, 1938, p. 79 ; *Rev. trim.*, 1938, p. 80, Chronique de M. Lagarde) sur la délicate question du rôle que peut jouer dans une action en recherche de paternité naturelle, la comparaison des sangs de l'enfant et du prétendu père : à l'opposé du Trib. de la Seine (12 nov. 1935, *D. P.*, 1936.241, note critique de M. Savatier), il a ordonné l'expertise médicale demandée.

Le Trib. civil de Marseille (6 mai 1938, *D. H.*, 1938, p. 494) admet également l'expertise médicale du sang, mais le Trib. civil de Valence (31 mai 1938, *D. H.*, 1938, 574) la rejette et revient ainsi à la solution adoptée par le Trib. de la Seine. (Voir G. Lagarde, chronique *Rev. trim. dr. civil*, 1939, n° 4, p. 134 et suiv.; Jean Hardoin, Examen doctrinal de jurisprudence, *Rev. crit.*, 1938, p. 458).

Voir : Erik Diepgen, Beweiswürdigung bei Blutprobe, I. D., Iéna, 1937; Ewald Krupp, Die Voraussetzungen der Vaterschaftsklage und ihr neuer Sinngehalt im geltenden und zukünftigen Recht, I. D., Köln, 1937.

(4) Garraud et LL., *op. cit.*, n° 19, p. 29 et 30.

en France l'œuvre des tribunaux et de l'Administration ; dans d'autres pays, en matière d'assurances sociales notamment, la loi est intervenue par des dispositions formelles et explicites ⁽⁵⁾.

Ainsi le dogme du droit à l'intégrité corporelle cesse d'être intangible ; si le principe du droit au refus est certain, toutes les fois qu'un intérêt social de premier plan ne vient pas en considération, il apparaît néanmoins qu'une pression indirecte est exercée sur la volonté du malade ⁽⁶⁾ ; cependant la jurisprudence a su demeurer en accord avec cette règle de Droit public, d'après laquelle l'homme est maître de son corps.

SOUS-SECTION 3

DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE PHYSIQUE CONTRE LES ATTEINTES QUE L'HOMME SE CAUSE A SOI-MEME

60. — Position du problème.

Possédons-nous le droit de disposer de notre propre vie. de porter atteinte à notre intégrité corporelle ? Voici un problème d'allure peu juridique ; nous allons voir que le Droit s'intéresse, tout au moins par ricochet, à cette question.

Cette étude complète l'exposé que nous venons de faire : ce droit à l'intégrité corporelle est-il illimité, ce droit de disposer de notre corps implique-t-il un droit au suicide notamment, ou au contraire le droit au suicide est-il en opposition avec l'idée d'un droit sur son propre corps ?

(5) Garraud et LL., *op. cit.*, n° 31, p. 51.

(6) Voir Dr G. Lasnier : Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale, *Th. Droit Bordeaux*, 1922.

Brisard : Le refus d'opération bénigne, *Rec. spécial accid. du trav.*, 1935, p. 209 et suiv.

Est-on en faute d'abuser de son droit sur le corps ?

Pratiquement, cette question rejoint le problème des rapports de l'Etat et de l'individu. Il est évident que dans un système de liberté absolue, la question ne devrait même pas se poser : je suis maître de ma destinée ; s'il me plaît de me mutiler ou de me suicider, cela ne regarde que ma conscience. Cependant, nous savons déjà que l'Etat, dans un intérêt social supérieur, peut exiger de l'individu telle ou telle prestation, tel ou tel service ; il sera donc interdit de se livrer à une mutilation volontaire, qui aurait pour conséquence d'empêcher la réalisation du service exigé.

L'utilité sociale marche souvent de pair avec les conceptions morales les plus généralement admises : il en est ainsi pour l'avortement et les pratiques anticonceptionnelles.

A propos de l'affaire des stérilisations de Bordeaux ⁽¹⁾, M. Cuche ⁽²⁾ note avec beaucoup de bonheur la contradiction qui règne en la matière : le fait de se soustraire par le suicide à tous les devoirs de la vie n'est pas punissable, tandis qu'il en va autrement si l'on cherche par la mutilation à se soustraire seulement à certains d'entre eux : c'est le cas du conscrit appelé sous les drapeaux qui se mutile pour se rendre inapte au service militaire (art. 87 de la loi sur le recrutement de l'armée du 31 mars 1928, et art. 231 du Code de justice militaire du 9 mars 1928), c'est celui de la femme enceinte qui se fait avorter. Laissons de côté ce dernier cas qui met en jeu la question de savoir si l'agent est punissable pour avoir méconnu une fonction sociale, ou pour avoir porté atteinte à une vie humaine distincte de la sienne ; le doute n'est pas possible pour la mutilation du conscrit : celui-ci est

60. — (1) Cass. Crim., 1^{er} juillet 1937, S., 1938.1.193, note de M. Tortat. Cf. Chronique de M. Magnol, *Rev. de Sc. crim. et de Droit pén. comparé*, 1937, p. 680.

(2) P. Cuche : Chronique de législat. et jurispr. crim., *Rev. crit.*, 1935, Examen doctrinal, p. 336.

punissable parce que le *jus in se ipsum* ne peut être exercé contrairement à la fonction (utilisation des aptitudes physiques pour la défense nationale), et cette incrimination résulte d'ailleurs d'une disposition expresse de notre législation militaire.

Comme on le voit, la complexité du problème est avant tout d'ordre moral ; lorsque l'intérêt social, l'ordre public ne sont pas en jeu, on peut concevoir que le Droit ne s'occupe pas des actes par lesquels un individu porte atteinte volontairement à sa personne physique. Souvent d'ailleurs, l'auteur de ces mutilations volontaires relève plus de la maison de santé que de la prison, et dans le cas du suicide, s'il est réussi, il semble difficile de trouver une sanction efficace ; s'il est « raté », ce n'est pas une peine qui permettra au malade de recouvrer son équilibre mental un instant perdu.

Laissons de côté cette discussion pour nous en tenir aux incidences juridiques du suicide, en Droit français.

61. — Le suicide et le droit pénal français contemporain.

Le suicide a été diversement apprécié par les mœurs et la morale ; toléré et même honoré dans l'antiquité, fortement réprouvé par le Droit canonique ⁽¹⁾, il était puni sévèrement par l'Ancien Droit, notamment par l'ordonnance de 1670 (titre 22), complétée par des textes ultérieurs. Arrive la Révolution de 1789, avec sa doctrine de liberté humaine, impliquant le droit pour chacun de dis-

61. — (1) Cf. dans la *Rev. de Sc. crim. et de Droit pénal comparé*, 1937, p. 735 le C. R. bibliographique d'un art. de M. von Weber, paru dans la *Revue Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform* : « Le suicide comme motif de meurtre » ; ce phénomène assez répandu, paraît-il, au XVIII^e siècle, amenait des individus à devenir meurtriers, dans l'espoir d'encourir la peine capitale, d'en finir ainsi avec la vie et de mériter le salut, par leur repentir. Ils préféraient ce moyen détourné par peur de la damnation éternelle, dont l'Eglise menace les auteurs du suicide.

poser de sa vie. Le Code pénal de 1810 n'a pas prévu l'acte de suicide ; le suicide n'est pas prohibé par la législation actuelle ⁽²⁾.

Une déchéance spéciale subsistait : le décret du 23 Prairial an XII assignant une place spéciale à chaque culte dans les cimetières, les suicidés étaient enterrés à part ; mais la loi du 14 novembre 1881 a sécularisé les cimetières et la loi du 5 avril 1884 (art. 93 et 97) décide que l'inhumation aura lieu sans distinction de culte et de croyance, quelles que soient les circonstances ayant accompagné la mort ; la jurisprudence s'est conformée à ce point de vue ⁽³⁾.

En Droit positif, donc, le suicide et la complicité de suicide ⁽⁴⁾ sont impunis : au contraire, pour la jurisprudence, l'homicide n'est pas justifié par le consentement de la victime ; l'homicide sur la demande de la victime est un meurtre. Il est parfois difficile d'accorder les deux solutions ; par exemple, dans le cas du double suicide, on peut se demander si le survivant doit être puni comme l'auteur d'un homicide sur demande, ou échappera à toute peine comme étant le complice d'un suicide.

Un regain d'actualité a été donné à la question par l'article 369 du projet de réforme du Code pénal de 1934, lequel punit la complicité de suicide ⁽⁵⁾.

62. — (Suite) Le suicide dans le projet de réforme du Code pénal.

L'acte de suicide est passé sous silence, mais le projet fait de la complicité dans le suicide un délit spécial ca-

(2) Consulter, à part les manuels classiques, *Répert. pratique Dalloz*, V^o Homicide, n^{os} 89 à 95.

(3) Voir, par exemple, Cour de Rennes, 13 décembre 1904, S. 1905. 276.

(4) Voir sur un prétendu homicide par imprudence, par suicide de la victime, la chronique de M. Hugueney, *Rev. de Sc. crim. et de Droit pénal comparé*, 1937, p. 483. (Voir *D. H.*, 1937, 261).

(5) V. texte *Rev. intern. de dr. pénal*, 1932, p. 281 ; *Doc. législ. Ch.*, 1934, n^o 3351.

ractérisé par des peines qui lui sont propres. L'article est ainsi conçu : « Sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 2 ans quiconque, par l'un des moyens indiqués à l'article 118, aura provoqué ou favorisé un suicide ou une tentative de suicide, lorsque cette tentative aura eu pour suite une maladie ou incapacité de travail de plus de 20 jours ou une infirmité permanente ou une lésion grave de même nature. L'emprisonnement sera de 2 à 5 ans si la victime est une personne mineure ou faible d'esprit ».

Une remarque s'impose, à savoir qu'une atteinte est portée à l'une des règles essentielles de notre Droit pénal : le Droit pénal classique dispose que les actes de complicité, au sens des articles 59 et 60 du Code pénal, ne sont pas punissables, si le fait principal répréhensible et délictueux fait défaut. Acceptera-t-on cette exception sous l'impulsion des principes nouveaux du subjectivisme, qui, se débarrassant de l'idée de responsabilité accessoire, font de la complicité un délit distinct, ou restera-t-on fidèle à la théorie classique avec son emprunt absolu de la criminalité de l'agent principal ?

On peut faire remarquer que le suicide est blâmé par le législateur, qui y voit un acte répréhensible : s'il le laisse sans sanction, c'est qu'il ne peut atteindre son auteur ; il n'en est plus de même du complice contre lequel la peine peut utilement s'exercer ; le suicidé serait donc puni virtuellement, mais son complice réellement et la répression envers celui-ci serait alors légitimée⁽¹⁾. Il semble que la répression, même atténuée, du suicide soit la première solution à adopter, mais nous nous heurtons à deux principes : d'une part, l'action publique s'éteint par la mort du prévenu, donc les cadavres sont laissés en paix⁽²⁾ et les procès à la mémoire sont abolis ; d'autre part, la personnalité des peines fait obstacle à la représ-

62. — (1) Jean Tisserand : La répression du suicide spécialement dans le projet du Code pénal français, *Thèse Nancy*, 1935, p. 8.

(2) A propos des procès contre les cadavres, voir un article de M. Julien Bregeault, *Nouvelle Rev. Hist. de droit*, 1879, p. 619.

sion du suicide par une peine pécuniaire, laquelle frapperait les héritiers innocents.

La cause de l'impunité du suicide, a écrit M. Garraud, c'est le suicide même ⁽³⁾ ; les écrivains et les juristes qui ont traité du suicide se sont plutôt montrés favorables à son impunité. *De lege ferenda*, on peut admettre que l'inscription du suicide parmi les délits aurait déjà un avantage, celui d'édicter un avertissement moral, et cette flétrissure détournerait peut-être quelques esprits momentanément égarés ⁽⁴⁾.

63. — Le suicide et le patrimoine, en droit civil.

Le suicide entraîne dans certains cas des conséquences pécuniaires : il en est ainsi en matière d'accidents du travail ⁽¹⁾, d'assurances sur la vie ⁽²⁾, de pensions ⁽³⁾, ou de rentes viagères ⁽⁴⁾. Nous n'avons pas l'intention d'étudier ici ces différents problèmes : leur mention suffit à rappeler l'incidence du suicide dans le domaine du Droit civil, ou plus exactement du Droit patrimonial.

Dans de nombreux cas, le décès d'un individu donne ouverture à tel ou tel recours : il faut alors se demander

(3) R. Garraud : *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^e édit., tome V, *Sirey*, 1924, p. 277, n° 1945.

(4) Chauveau et Faustin Hélie : *Théorie du Code pénal*, tome III, p. 421 à 438.

63 — (1) *Répert. pratique Dalloz*. Voir Accidents du travail, n°s 237, 238 ; *Req.*, 25 oct. 1905 ; *D. P.*, 1907.1.330. — Paris, 22 nov. 1923, *D. H.*, 1924.35. — Trib. civ. Bordeaux, 20 janv. 1938, *D. H.*, 1938.252, *Rev. Gén. des assurances terr.*, 1938, p. 535.

(2) *Répert. pratique Dalloz*, V° Assurances, n°s 260 à 263. — *Gaz. Pal.*, Tables quinquennales, 1930-35 : V° Assurances terrestres, n°s 683 à 694. — Chambre civ., 21 fév. 1933, *S.*, 1933.1.146. — Cour Poitiers, 29 janv. 1935, *D. H.*, 1935.158. — Cour d'Aix, 13 mars 1936, *D. H.*, 1936.306. — E. David : *Le suicide en matière d'assurances sur la vie*, *Th. Rennes*, 1938.

(3) *Répert. pratique Dalloz*. Voir Pension, n° 485.

(4) *Répert. prat. Dalloz*, V° Rente viagère, n° 93.

s'il y a eu suicide ou accident, si le suicide était conscient ou inconscient ⁽⁵⁾.

Il s'agit toujours de conclure à la valeur ou à la non-valeur d'un contrat, ou d'un recours légal dont profiteront des parents ou des personnes de l'entourage du suicidé, ses ayants-droit. Prenons l'exemple de l'assurance en cas de décès.

Pour exclure l'application de l'assurance, en cas de suicide, on a pu invoquer des considérations décisives : le suicide est un acte immoral, nuisible à l'ordre social ; les tables de mortalité se fondent sur des statistiques qui, en principe, ne tiennent pas compte des morts dues au suicide conscient ; l'assurance du suicide soumet le contrat à une condition purement potestative de la part de l'assuré ⁽⁶⁾. Un texte de Droit pénal assurant une répression même atténuée du suicide constituerait, semble-t-il, un nouvel argument pour exclure l'application de l'assurance en cas de suicide, car l'assurance-vie ne peut pas plus bénéficier à l'auteur du suicide que l'assurance-incendie à un incendiaire ou l'assurance-vol au metteur en scène d'un prétendu cambriolage. *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* : les successibles, en l'absence du bénéficiaire désigné, ne peuvent recueillir le capital assuré (ou la rente), à moins de prouver que le suicide n'est pas imputable à son auteur. Cependant, pourquoi la morale publique empêcherait-elle les innocents ayants-droit d'un criminel de bénéficier d'un contrat légalement fait et pleinement exécuté par celui-ci ? ⁽⁷⁾. On voit donc que l'impunité pénale

(5) Sur la notion de suicide inconscient (en matière d'assurance-vie). Voir Trib. comm. Seine, 15 mars 1934 ; *Rev. gén. assur. terr.*, 1934, p. 559.

Cf. Sur un cas de resp. civile d'une clinique, à la suite d'un défaut de surveillance, ayant permis le suicide d'un malade : Req. 4 janvier 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.1475 ; *Rec. des Somm.*, 1938, n° 2001.

(6) Planiol, Ripert et Lepargneur, tome XI, n° 1395, p. 717.

(7) C'est ce que vient de décider le Trib. du Banc du Roi, en Angleterre, dans l'affaire Rowlandson, alors que le suicide conscient est tenu pour un acte criminel de la nature la plus grave. Cf. : L'assurance du suicide en droit anglais et américain, *Rev. gén. des Ass. terr.*, 1938, p. 31 et 176.

du suicide paraît avoir peu d'influence sur ce problème d'ordre patrimonial.

En Droit français actuel, la matière est régie par l'article 62 de la loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance ; la clause d'incontestabilité relative au suicide est autorisée par l'alinéa 2 de l'article précité, mais elle ne produit effet qu'au bout d'un délai d'épreuve de deux ans.

64. — Transition.

Nous venons d'étudier les effets juridiques de l'atteinte portée au corps par soi-même. Peut-on parler d'un droit de libre disposition sur soi-même, d'un droit au suicide ? Ce *jus in se ipsum* serait une manifestation du droit sur l'intégrité corporelle, dont nous nous proposons, en une section 2, de discuter l'existence et la nature juridique.

SECTION 2

DE L'EXISTENCE ET DE LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE L'INDIVIDU SUR SA PERSONNE PHYSIQUE

65. — Division.

Nous avons étudié la protection des intérêts extrapatrimoniaux relatifs à la personnalité physique ; on trouve en doctrine des expressions à allure juridique pour expliquer les divers cas étudiés : c'est tantôt le droit à la vie (ou à l'intégrité corporelle), tantôt le droit sur son corps (*Recht des Menschen an seinem Körper*) ou *jus in se ipsum*. Il y a en effet deux problèmes distincts : 1° protéger la personne physique d'un individu donné, vis-à-vis de l'Etat ou des particuliers ; 2° savoir si l'Etat doit intervenir pour prohiber les atteintes portées par l'individu à lui-même ; l'individu a-t-il un *jus in se ipsum* absolu ?

Mais on peut concevoir, pour l'explication de ces faits, un droit unique : le droit de l'individu sur sa personne physique. Le problème est alors de savoir si l'Etat ou les particuliers peuvent porter atteinte à ce droit, et si l'Etat peut restreindre l'exercice du droit de l'individu sur sa personne physique.

En une sous-section 1, nous déterminerons la valeur de cette théorie ; mais quelle est la nature juridique de ce droit de l'individu sur sa personne physique ? Cette question fera l'objet d'une sous-section 2.

Sous-Section 1

DE L'EXISTENCE D'UN DROIT DE L'INDIVIDU SUR SA PERSONNE PHYSIQUE

66. — Position du problème.

Le problème de l'existence d'un droit à l'intégrité corporelle n'a pas été étudié en Droit français ⁽¹⁾ ; en Droit allemand, au contraire, on trouve quelques monographies ⁽²⁾, qui ont le mérite de résumer sur ce point la pensée des jurisconsultes classiques ⁽³⁾.

66. — (1) V. sur la conception des Physiocrates : Louis, le Grand, Etude économique de la propriété industrielle, *Th. Paris*, 1937, n° 8, p. 24 (notes) ; cf. Boistel, Cours de Philosophie du Droit, tome I, p. 238, n° 131 ; p. 240, n° 132.

(2) Voir bibliographie, n° 68.

(3) Comp. G. del Vecchio : Essai sur les principes généraux du droit, *Rev. critique*, 1925, p. 186 et suiv. — Références aux auteurs italiens, p. 188, note 1, *in fine* ; notamment Rava, I diritti sulla propria persona nella scienza et nella filosofia del diritto, Torino, 1901.

Sur ce sujet, consulter surtout les pénalistes, qui traitent du problème à propos de la valeur du consentement de la victime d'une atteinte corporelle sur la responsabilité pénale et civile de l'auteur : voir Ferri : L'omicidio (Omicidio-Suicidio), 7^e édition, 1925, p. 565. — Rocco : L'oggetto del reato e della tutela giuridica, 1913, p. 16. — Brasiello : Diritti soggettivi disponibili e indisponibili. Il diritto della persona. Estratto degli Studi in onore di Mariano d'Amelio, 1933. — Migliore : Sulla disponibilità del diritto alla vita ed alla integrità fisica, *Palestra del Diritto*, 1934, fasc. 2. — Saltelli : Disponibilita del diritto e consenso del Pavente diritto (in tema di attentati alla integrità personale), 1934.

Ces derniers se séparent en deux groupes : les uns affirment que l'homme est titulaire d'un véritable droit sur son propre corps, les autres nient l'existence d'un tel droit et considèrent l'intégrité de la personne physique comme un « bien juridique ». En bref, la notion même de *droit* divise les auteurs.

67. — Portée d'application de la solution.

Il est sage, croyons-nous, de limiter l'intérêt exact de la question : le problème des pouvoirs de l'Etat sur l'intégrité corporelle de chaque individu ne concerne pas notre étude ; en effet il s'agit là de conceptions politico-philosophiques, et le droit à la vie ne peut être qu'une protestation morale contre certaines pratiques tyranniques.

Il est également très théorique de concevoir un droit au suicide ; c'est là plutôt une liberté, celle d'être laissé maître de rompre les chaînons qui vous relient au monde des vivants. Il est cependant impossible d'imaginer qu'une action en dommages-intérêts puisse être intentée contre le sauveteur par l'individu qu'il a arraché à la mort. Les partisans du système de liberté absolue s'inspirent de considérations philosophiques différentes ; certains trouvent le fondement de leur opinion dans le système matérialiste : l'homme est son seul maître parce qu'il est le produit de transformations successives de la matière. D'autres se placent à un point de vue plus moral : l'homme est maître de ses actes, toutes les fois qu'il ne nuit pas à ses semblables.

Mais cette dernière argumentation n'est pas sans défaut : la morale sociale défend de se suicider, parce que l'individu qui se donne la mort nuit à ses semblables ; il se soustrait à toutes ses obligations et enlève au corps social un membre sur lequel il pouvait compter.

Que dire alors du suicide d'un infirme, sans aucune valeur sociale, de cet infirme qui est une charge pour la société et non un soutien ? Les partisans de la répression

du suicide, donc de la négation du droit de libre disposition de sa propre vie, se servent alors d'un argument très fort, mais non juridique : au point de vue spiritualiste, le droit de libre disposition n'existe pas, l'homme est la créature de Dieu et ne peut disposer librement de lui-même.

Le terme facile de droit au suicide a été surtout employé par des écrivains, qui voulaient donner ainsi une coloration philosophique à leur œuvre. Si la loi ignore le suicide, si le suicide, quelque blâmable qu'il soit au point de vue moral et religieux, ne peut constituer un délit comme les autres, car juridiquement parlant, on ne peut commettre de délit pénal contre soi-même, ce serait une exagération de parler de véritable droit sur la vie, de droit d'y mettre fin à son gré ⁽¹⁾.

Il est plus juste de parler d'un droit à l'intégrité corporelle dans les rapports des individus entre eux ; on peut dire notamment que toute action en réparation d'un dommage corporel tend à compenser le dommage causé par la violation d'un *droit* sur son propre corps. Mais est-ce là un droit véritable ? Voilà une question d'ordre juridique, et non plus philosophique, que nous étudierons ⁽²⁾.

Admettons un instant l'hypothèse d'un droit sur la personne physique ; le résumé de quelques conceptions relatives à ce droit précisera utilement comment est née la notion des droits de la personnalité, et aussi comment on a abusé de cette doctrine.

67. — (1) Vidal et Magnol : Cours de droit criminel, 1928, p. 354 et suiv.

(2) Voir n° 177, 2^e partie.

SOUS-SECTION 2

DE LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT
DE L'INDIVIDU SUR SA PERSONNE PHYSIQUE

68. — Nature juridique du corps humain.

Le corps humain est un objet « corporel », mais il ne peut être assimilé à une chose, car une chose est seulement l'objet corporel qui n'est pas une *personne* ; or si le corps humain à lui seul n'est pas une « personne », puisque c'est l'union du corps et de l'âme qui constitue l'homme, il est cependant une partie intégrante de la personne humaine, et pour cette raison, il ne peut être compté parmi les parties corporelles impersonnelles du monde extérieur ⁽¹⁾.

La conception que le corps de l'homme vivant (de l'homme libre évidemment) ne doit pas être confondu avec une chose, s'est développée graduellement au point de vue historique. La loi romaine des XII Tables permet au créancier, après la captivité du débiteur pendant soixante jours et le non-paiement de la dette, malgré le triple appel public, de tuer le débiteur ou de le vendre comme esclave ; ce droit du créancier n'a pas seulement

68. — (1) Cf. Max Klusemann, *Das Recht des Menschen an seinem Körper*, Thèse Leipzig, 1907, p. 1 ; G. del Vecchio, *art. cité*, p. 187 (bas).

Thèses allemandes sur le droit au corps :

A. Kramer (Berlin, 1887) ; M. Klusemann (Leipzig, 1907) ; Koppe (Erlangen, 1907) ; Johnsen Karl (Heidelberg, 1912) ; Meyer (Berlin, 1913) ; Adolf Schick (Greiswald, 1916) ; Hartmann (Würzburg, 1920) ; Cohn-Vossen (Breslau, 1920) ; Hoffmann (Göttingen, 1922) ; Grabs (Iena, 1930).

Thèses allemandes se rapportant au cadavre :

Von Alvensleben (Greiswald, 1909) ; Heimendahl (Rostock, 1911) ; Hegemann (Erlangen, 1912) ; Hass (Bonn, 1914) ; Hardenberg (Halle, 1915) ; Stege (Marburg, 1923) ; Weber (Marburg, 1923) ; Künne (Göttingen, 1925) ; Paulmann (Marburg, 1925) ; Henne (Erlangen, 1928) ; Bauer (Leipzig, 1929) ; Henke (Königsberg, 1929) ; Pellkofer (Erlangen, 1929) ; Joël (Göttingen, 1930) ; Mecker (Göttingen, 1932) ; Weiser (Marburg, 1933) ; Preis (Erlangen, 1934) ; Funken (Köln, 1934) ; Schlenker (Erlangen, 1935) ; Peterssen (Halle, 1935) ; Oberhoff (Erlangen, 1935).

pris naissance en vertu d'un jugement, mais encore par le nexum, contrat solennel passé entre le créancier et le débiteur. La grande rigueur de ce genre d'exécution forcée fut adoucie par la loi Poetelia et surtout la loi Julia : le débiteur pouvait se soustraire à l'exécution sur la personne, dès qu'il déclarait abandonner toute sa fortune au créancier : avec la disparition de cette exécution sur la personne et l'apparition de l'exécution sur la fortune, la conception attribuant au corps humain la qualité de chose devait nécessairement être ébranlée. Et cette même évolution se retrouve en Droit grec ancien, en Droit indien, chez les Iraniens, en Droit celtique, en Droit hébraïque et en Droit germanique (2).

L'exécution sur la personne est donc seulement en usage chez les peuples qui possèdent un degré inférieur de culture ; cette constatation nous permet de conclure que, dans la civilisation actuelle, le corps humain ne peut être considéré comme une chose.

69. — Le corps de l'homme vivant ne peut être l'objet de droits réels.

La question litigieuse est de savoir si le corps de l'homme vivant, malgré la qualité de *chose* qui lui fait défaut, peut être l'objet d'un droit réel, et notamment l'objet d'un droit de propriété.

Peut-on dire que l'homme est propriétaire de son propre corps, bien que la loi défende certainement à un particulier d'être propriétaire d'un homme vivant, puisque l'esclavage est aboli ?

Dans le langage courant, c'est cependant à cette notion que l'on fait appel, car c'est toujours le droit de propriété qui est pris pour archétype des droits : ton corps est à

(2) M. Klusemann, *op. cité*, p. 2 ; cf. Kohler : Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Würzburg, 1883, p. 13 (droit grec), p. 21 (droit germanique).

toi, a écrit un écrivain ; mais quelle est la portée de pareils arguments ?

Nous considérons comme inadmissible la conception qui ferait de l'homme le propriétaire de son corps : que dire de ce sujet de droit qui serait en même temps l'objet d'un droit ? Cette prétendue construction scientifique n'aboutit qu'à un résultat artificiel ⁽¹⁾.

La question est plus délicate, en ce qui concerne les accessoires réunis mécaniquement au corps humain tels que les perruques, jambes de bois, dents sur pivot, dentiers, plaques de caoutchouc ou plombages.

Inutile de parler du fard, des teintures pour cheveux, des huiles ou de la poudre : ces produits, en effet, sont considérés comme aussitôt consommés par leur emploi sur le corps. Sans insister sur cette question plus pittoresque que pratique, nous pensons qu'un accessoire rattaché mécaniquement au corps sera considéré comme une chose, selon qu'il est possible ou impossible de le séparer du corps sans causer à celui-ci un dommage simultané. Ce principe peut servir pour d'autres parties intégrantes du corps et de nature étrangère telles que les pièces d'or ou les balles de fusil, lesquelles pénètrent dans le corps par accident ⁽²⁾.

70. — Nature extra-patrimoniale du droit sur le corps.

Les juriconsultes allemands, cités dans les monographies, se servent de terminologies différentes, mais tous opposent le droit sur la personne physique aux droits patrimoniaux ⁽¹⁾.

69. — (1) « On ne peut s'avoir soi-même en propriété ». Regelsberger, *Pandekten*, 1893, p. 413.

Comp. E.-H. Perreau : *Éléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*. Paris, 1908, p. 271 et 272.

(2) Cf. Klusemann, *op. cit.*, p. 6 et suiv., paragraphe 3.

70. — (1) Cf. Max Klusemann, *op. cit.*, p. 10, paragraphe 4 : voir notamment Gareis : *Das Recht am menschlichen Körper*, Sonderabdruck aus der Festgabe der Königsberger Juristischen Fakultät zum Doktor-jubiläum für Geheimrat Dr. Theodor Schirmer, Königsberg, 1900, p. 10 et suiv.

Pour nous, il est certain que l'intérêt protégé est de nature extra-patrimoniale ; s'il existe un droit véritable sur son propre corps, nous dirons donc qu'il est de nature extra-patrimoniale.

Le véritable problème est donc de savoir, selon Windscheid (2), si ces droits sur la vie, sur l'intégrité corporelle, sur la libre disposition de son corps ont besoin d'un exposé spécial dans le système du Droit privé.

Mais cette question se pose pour l'ensemble des droits extra-patrimoniaux : aussi en renvoyons-nous l'étude.

71. — Conclusion du chapitre. Transition.

L'intérêt extra-patrimonial consistant à voir respecter son intégrité corporelle, est-il un simple bien juridique pris en considération par le Droit, ou un droit extra-patrimonial ? Tel sera le problème à résoudre, mais nous devons dès maintenant admettre l'existence d'une situation juridique de nature extra-patrimoniale, relative à l'élément physique de la personnalité.

Nous avons rattaché nos développements à la notion de personnalité physique dans un but de simplification, mais le corps et la conscience sont inséparables : le droit au suicide par exemple implique une liberté dont la nature est plutôt morale que physique. D'ailleurs dans cette défense du corps contre les atteintes que peuvent lui porter l'Etat, les particuliers ou l'individu même, n'est-ce pas l'existence du sujet de droit qui est en jeu ?

Nous allons étudier maintenant en un chapitre 3 les situations juridiques extra-patrimoniales, relatives à l'élément moral de la personnalité.

(2) Windscheid-Kipp, *Lehrb. d. Pandektenr.* 9^e édit. 1906, p. 174.

CHAPITRE III

DES INTERETS EXTRAPATRIMONIAUX RELATIFS A L'ELEMENT MORAL DE LA PERSONNALITE

72. — Division.

Certains intérêts non économiques, extra-patrimoniaux dirons-nous, ont trait à l'élément moral de la personnalité. L'homme, en effet, est double : c'est un corps, c'est aussi une substance raisonnable, il est le « roseau pensant ». La personne, c'est tout simplement l'homme, mais en mettant l'accent sur le principe inexprimable qui fait sa dignité, qui lui donne d'être ce qu'il est par opposition à tout ce qu'il peut avoir, qui le constitue sujet, et dès lors interdit de le considérer comme une chose, un objet, un individu ⁽¹⁾. Le principe qui fait la dignité de l'homme, nous le trouverons dans l'élément psychique de son être, dans son élément moral (au sens courant), par opposition à l'élément matériel. Vu du dehors, l'homme apparaît en effet comme le corps humain, le nôtre d'abord et aussi celui de tous nos semblables ; vu du dedans, il montre à l'observateur unique qui est nous-mêmes, nos pensées, nos tendances, nos désirs, nos joies, nos douleurs.

Les intérêts moraux ⁽²⁾ se rattachent à l'une ou l'autre de ces trois idées ⁽³⁾ : respect de l'individu pour lui-même (subdivision 1), respect de l'individu comme membre de la famille (subdivision 2), respect de l'individu comme membre de l'Etat (subdivision 3).

Nous n'indiquerons que pour mémoire les intérêts moraux ayant trait au respect de l'individu comme membre de l'Etat.

72. — (1) Semaines sociales de France, 1937, Clermont-Ferrand, p. 183 et 184, Cours du R. P. Delaye : La personne humaine.

Consulter également Archives de philosophie (vol. XIV, cahier II) : « Autour de la Personne humaine », 1938.

(2) A propos de la terminologie, voir n^{os} 3 et 40.

I. -- DEFENSE DE LA PERSONNALITE MORALE DE L'INDIVIDU CONSIDERE COMME TEL

73. — Enumération des prérogatives relatives à l'individualité morale.

Quels sont les sentiments moraux de l'individu que protège le Droit positif ? (1). L'homme a un besoin inné d'intimité dont le Droit doit tenir compte (2). Il est donc interdit d'exposer publiquement un portrait, sans le consentement de la personne représentée sur le tableau ; ainsi s'explique, d'autre part, la défense du secret, ou celle de l'honneur ; si le Droit, en vérité, ne peut pénétrer dans le domaine mystérieux de la pensée, il lui est possible d'intervenir, au contraire, toutes les fois qu'une action extérieure et publique porte atteinte à la considération d'une personne. Le droit moral de l'auteur n'est pas autre chose enfin que le droit pour celui-ci de faire reconnaître publiquement sa paternité intellectuelle ou d'interdire tout changement à l'œuvre *destinée au public*, sans son consentement.

Nous étudierons en quatre sections ces diverses hypothèses.

73. — (1) Nous employons les expressions de droit à son image, droit au secret, droit à l'honneur, etc., parce qu'elles sont d'un usage courant, mais nous réservons le problème de l'existence d'un véritable droit : voir n° 6, note 1. Qui plus est, il nous arrivera d'admettre l'hypothèse de l'existence d'un droit et de résumer alors les conceptions qui se sont fait jour. Cette étude nous permettra de dégager les intérêts extra-patrimoniaux protégés par le Droit positif.

Nous rechercherons dans notre seconde partie quelle est la forme juridique de cette protection.

(2) Comp. Robert Kirkpatrick : Le « right of Privacy » ou droit au maintien du caractère privé. *Rev. gén. des Assur. et des Responsabilités*, 1933, 1371.

SECTION 1

LE DROIT A SON IMAGE

74. — Position du problème. La figuration de l'image et la civilisation moderne.

La physionomie humaine incarne non seulement ce que nous aimons le mieux, la forme extérieure visible, mais « elle permet aussi aux pensées, aux désirs de l'homme, dépourvus de toute forme, de s'extérioriser » ⁽¹⁾. Il s'établit une modalité particulière des traits du visage qui contribue à caractériser la physionomie de chacun. L'esprit modèle la figure humaine dans laquelle il est enfermé, aussi est-il impossible de la contempler sans que les idées de sentiment et d'âme ne nous troublent. Cette physionomie qui reflète l'âme peut-elle être librement reproduite par l'artiste et publiée, en dehors de toute intention malveillante, sans le consentement de la personne représentée ? Chaque individu, au contraire, a-t-il un droit privatif sur sa physionomie, a-t-il la faculté de s'opposer à toute reproduction et à toute publicité de ses traits ?

Tel est le problème, il est d'une grande actualité. En effet, les moyens scientifiques de reproduction de l'image d'autrui, notamment la photographie, le cinéma, demain la télévision, accroissent le risque de voir multiplier à l'infini le portrait tiré sans autorisation : le photographe conserve ses clichés ; le « chasseur d'images cinématographiques » s'empare du portrait pour l'animer et le propager devant des milliers de spectateurs. L'homme moderne, d'autre part, par suite du progrès de la civilisation morale, prend une conscience plus complète de sa dignité qu'il entend défendre contre les risques de toute publication non autorisée de son portrait.

74. — (1) Henri Fougerol : La figure humaine et le droit, *Th. Paris*, 1913, p. 1 et 2. Voir du même auteur une série d'articles sur le même problème dans le Répertoire Commaille 1928, qui forment en somme un résumé de la thèse de 1913.

Nous avons donc englobé ce problème dans celui plus vaste de la défense de la personnalité morale : contrairement à M. Perreau, lequel classe le droit à son image parmi les prérogatives assurant le respect de la personne physique ⁽²⁾, nous pensons que ce droit est beaucoup plus moral que physique ; souvent, en effet, l'individu ne s'aperçoit même pas qu'un reporter photographe vient de le « prendre en instantané » ; ce n'est que plus tard, en ouvrant les journaux par exemple, qu'il se reconnaîtra sur une photographie. C'est alors en raison de l'atteinte portée à son crédit ou simplement à son bon plaisir, qui après tout peut être une définition de la liberté ⁽³⁾, que la personne représentée sur la photographie protestera auprès du journal.

Suivant notre méthode habituelle, nous nous demanderons, en une première sous-section, si le droit à son image a une existence de fait, et en une seconde nous rechercherons la nature juridique de ce droit.

SOUS-SECTION 1

EXISTENCE DE FAIT DU DROIT A SON IMAGE

75. — Historique.

Les Romains réprimaient toute atteinte à la considération de la personne, à l'aide de l'*actio injuriarum aestimatoria*, qui sanctionnait les abus commis par *malum carmen* : c'est-à-dire un écrit, un dessin, ou un propos diffamatoire. L'écrit diffamatoire (*famosus libellus*) est une composition quelconque : une satire, un pamphlet ; le paragraphe 5 de la loi 10 du Digeste assimile aux auteurs

(2) E.-H. Perreau : Des droits de la personnalité, *Rev. trim.*, 1909.

(3) Comp. Stuart Mill, *On liberty*, trad. fr. p. 114-115, d'après Jean Salvaire, *Autorité et liberté*, th. Montpellier, 1932, p. 67 : « la seule liberté qui mérite ce nom est celle de chercher notre propre bien à notre propre façon, aussi longtemps que nous n'essayons pas de priver les autres du leur ou d'entraver leurs efforts pour l'obtenir. »

de ces compositions ceux qui, par inscription, peinture, sculpture, symboles ou emblèmes, portent atteinte à la considération d'autrui ⁽¹⁾. Le Code civil, fidèle à l'influence romaine, continue à protéger la dignité de la personne humaine contre les abus de la représentation de ses traits, au moyen du principe traditionnel de la responsabilité de l'injure et du dommage : dans la pratique, l'article 1382 du Code civil et les dispositions des lois pénales paraissent suffire à protéger la dignité de la personne offensée par les abus de représentation de son image.

76. — La jurisprudence. Théorie négative.

Pour affirmer l'existence d'un droit *per se stante*, à la physionomie, il faut que je puisse empêcher quelqu'un de publier mon image, sans avoir besoin d'établir un outrage ou un préjudice autre que le seul fait de la reproduction, quand bien même l'artiste agirait sans aucune intention malveillante et que le portrait n'aurait rien d'injurieux ou de préjudiciable en lui-même ⁽¹⁾.

En vérité, ce problème appelle les mêmes observations que celles formulées plus haut à propos du droit au nom ⁽²⁾ : s'il existe un droit à sa propre image, prétendent certains auteurs, la personne représentée sur un tableau pourra faire respecter son besoin d'intimité, sans avoir à prouver que la publication du portrait lui cause un dommage. En réalité un préjudice existe ; il consiste à voir publier contre son gré les traits de son visage, et l'existence d'un préjudice, sinon matériel, tout au moins moral, paraît bien être la condition d'une action contre le photographe ou le peintre ayant reproduit les traits de la physionomie sans autorisation.

La question d'un droit indépendant à la physionomie

75. — (1) Fougerol, *op. cit.*, p. 6 et note 1.

76. — (1) Fougerol, *op. cit.*, p. 6 (haut de la page).

(2) Voir plus haut, n^{os} 13 et 14.

se pose au point de vue doctrinal : la jurisprudence, cependant, a reconnu, en fait, l'existence de ce droit, et, depuis 1850, elle demeure constante ⁽³⁾. La plupart des artistes poursuivis n'ont pas cherché à nier l'existence de ce droit, ils l'ont reconnu implicitement ; leurs efforts d'argumentation tendaient à prouver que le modèle avait disposé de ce droit à leur profit, puisque, disaient-ils, il avait consenti expressément ou tacitement à la reproduction ou à la diffusion de son portrait : par là même, c'était convenir qu'en l'absence d'autorisation, il ne leur était pas permis de s'emparer de la physionomie du plaignant pour la représenter ⁽⁴⁾.

Les arguments invoqués par les partisans de la théorie négative, c'est-à-dire par les auteurs qui s'élèvent contre la reconnaissance d'un droit à sa propre image ne nous paraissent pas très fondés :

— Le Code, disent-ils, n'a rien prévu ; il faut donc appliquer la maxime : pas de droit sans texte. Mais, répondrons-nous, le juge, en rendant ses arrêts, a montré qu'il était de son devoir de suppléer au silence de la loi, parce que l'équité l'exigeait.

— La jurisprudence, prétendent certains, attente à la liberté de l'art : cette critique, note M. Fougerol ⁽⁵⁾, porte plutôt sur l'opportunité d'un droit reconnu que sur son existence même ; elle ne saurait nous conduire à nier l'existence d'un intérêt digne d'être protégé ; elle peut seulement présenter une certaine valeur, en ce qui concerne l'étendue qu'il convient d'accorder à sa protection.

— La jurisprudence complique les rapports juridiques en créant inutilement un nouveau droit, ont objecté d'au-

(3) Signalons ici les décisions les plus récentes : Tribunal civil Yvetot, 2 mars 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.1.855. — Trib. comm. Seine, 12 mai 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.2.238. — Trib. paix Paris (VI^e arr.), 17 oct. 1934, *La Loi* 14 nov. 1934. — Cour de Poitiers, 21 oct. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.2.879. — Trib. civ. Seine, 24 mars 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.2.154. — Paris, 12 nov. 1937, *Gaz. Pal.*, 1938.1.51.

(4) Fougerol, *op. cit.*, p. 8 et 9.

(5) Fougerol, *op. cit.*, p. 13.

tres jurisconsultes ; il est superflu de parler d'un droit indépendant à la physionomie : il suffit d'appliquer soit le principe général de l'article 1382 du Code civil, soit le Code pénal.

Cette objection est, selon nous, plus scientifique. Mais elle peut se répéter à propos de tous les droits extra-patrimoniaux ; nous réservons donc son étude ⁽⁶⁾.

Supposons démontrée l'existence d'un droit à sa propre image, nous allons donc rechercher quel est le fondement juridique d'un tel droit.

SOUS-SECTION 2

NATURE JURIDIQUE DU DROIT A SON IMAGE

77. — Travaux de la doctrine.

En France, le seul travail d'ensemble sur le droit à son image est la thèse déjà signalée de M. Fougerol ; en Italie et en Allemagne, au contraire, on trouve de nombreux écrits consacrés à cette question ⁽¹⁾.

La jurisprudence, unanime à reconnaître à chacun la faculté absolue de s'opposer à toute reproduction ou publication de son portrait, s'est bornée à cette affirmation de principe, sans prendre parti sur la nature de ce droit. Nous allons résumer rapidement les positions adoptées par les auteurs.

(6) Voir 2^e partie, n° 177.

77. — (1) Nous renvoyons d'abord à la bibliographie de la thèse de M. Fougerol et nous indiquons, d'autre part, les thèses allemandes consacrées au droit à son image :

Georg Lewinsohn (1902), Leipzig.

Von Buch (1906), Leipzig.

Scanzoni (1908), Erlangen.

Koenig (1908), Erlangen.

Von Collenberg (1909), Heidelberg.

Klitzing (1909), Breslau.

Dumont (1910), Berlin.

Letzel (1912), Leipzig.

Beiwier (1916), Leipzig.

Hinrichs (1922), Hamburg.

Schuster (1931), Heidelberg.

Hirsch (1934), Köln.

78. — Le droit à son image, droit de propriété.

Une confusion traditionnelle consiste à s'efforcer de rattacher aux règles anciennes les droits qui n'existaient pas autrefois ou qu'une observation plus attentive aurait permis de discerner, ceci afin de ne pas créer une nouvelle catégorie juridique ⁽¹⁾.

C'est ainsi que l'on fit entrer de force le droit à sa propre image dans la notion de propriété ⁽²⁾, parce que le droit de propriété avait l'avantage d'être un droit populaire, commode, sacré. Ce classement fait violence à la nature du droit à la physionomie : du jour où les juristes, oubliant que l'expression propriété de la physionomie n'était qu'un à peu près, destiné à vulgariser le nouveau droit et à fixer les idées, voulurent tirer de cette conception les conséquences logiques, ils s'aperçurent que, sur certains points, le droit à son image ne réunissait pas les éléments de la véritable propriété et que sur d'autres il y avait même contradiction ; devant ces conséquences, on arriva à parler d'une propriété *sui generis* : c'était là une figure de langage et rien de plus.

La physionomie est une partie intégrante du corps humain, disait-on ; or la propriété de l'homme sur son corps est le fondement de tous les autres droits ; c'est la moins contestable puisque les socialistes eux-mêmes en reconnaissent la légitimité ; le droit de propriété que l'homme possède sur son corps se prolongerait donc sur les images représentatives de celui-ci. De cette origine matérielle, est tirée la conception qui assimile le droit à son image à un droit réel de propriété. Mais nous avons étudié précédemment ce droit à son propre corps, et rejeté cette conception du droit de propriété ; nous croyons, d'autre part, devoir classer le droit à son image parmi les prérogatives

78. — (1) Cf. Fougerol, *op. cit.*, p. 17.

(2) Voir par exemple, Trib. Seine, 10 fév. 1905. Dr. d'auteur 1905, p. 76.

de l'individualité morale : autant de raisons pour rejeter la conception qui fait du droit à son image, un droit de propriété.

L'article 544 du Code civil n'a rien à faire en la matière : cette extension de la notion de propriété nous paraît erronée ; certes le droit à son image est un droit opposable *erga omnes*, mais là se borne sa ressemblance avec le droit de propriété. Tout droit réel, écrit M. Fougerol, suppose un sujet et un objet sur lequel le droit s'exerce ; l'objet est nécessairement distinct du sujet, sans quoi le rapport qui exprime la nature de cet exercice, ne pourrait s'établir : notre corps c'est nous-mêmes et il est contradictoire de prétendre que l'objet du droit de propriété sera, non une chose extérieure, mais le sujet même du droit, que l'ensemble étant un, le propriétaire sera précisément la chose possédée ⁽³⁾.

Nous renonçons, pour notre part, à admettre cette théorie ; le droit à son image n'est pas un droit de propriété.

79. — Le droit à son image, droit d'auteur.

Un second système classe le droit à sa physionomie dans la catégorie des droits d'auteur, lesquels comprennent l'ensemble des avantages et des obligations reconnus par la loi positive en faveur ou à la charge de ceux qui ont produit une œuvre intellectuelle. On aurait, sur les traits de son visage, les mêmes droits que l'on a sur un buste

(3) Fougerol, *op. cit.*, p. 18. Cf. Trib. paix Narbonne, 4 mars 1905, *D. P.*, 1905.2.390. — Sur le droit de photographier une chose, voir *D. P.*, 1920.2.9, note Rouast sous Grenoble, 15 juillet 1919 ; comp. à propos de prises de vues cinématographiques, un arrêt Paris 20 janvier 1922. *Gaz. Trib.*, 20 février 1922 : il s'agit de savoir si la propriété d'une chose entraîne le droit à la propriété de l'image de cette chose ; il n'en est pas ainsi en principe mais l'art. 1382 du Code Civil pourra s'appliquer, au cas où un préjudice est causé par la reproduction de l'image de la chose, objet de propriété. Dans l'espèce ci-dessus, un film avait exhibé la façade et l'enseigne d'un hôtel meublé, sans l'autorisation du propriétaire de l'hôtel et un assassinat (d'après le scénario) était commis dans cet hôtel.

ou sur une image peinte : c'est la théorie de Ritschel ⁽¹⁾ : celui-ci émet l'opinion que le droit à la physionomie est un droit d'auteur, mais il soutient cependant que dans différents cas, l'entrée en vigueur de ce droit dépend de l'existence d'un intérêt légitime, et par là il revient à la théorie qui nie l'existence d'un droit indépendant à sa propre image.

Il faut, dit-on, dans le cas du droit d'auteur, comme dans celui du droit à son image, distinguer trois situations ⁽²⁾.

La propriété idéale de l'image en soi inaliénable et imprescriptible (comparable au droit moral) se distinguera du droit d'autoriser gratuitement ou à titre onéreux la reproduction de son visage (analogue au droit d'auteur proprement dit) comme de la propriété matérielle sur une image déterminée (assimilable à la propriété du manuscrit). Cette analogie n'est qu'apparente : en effet si l'on distingue facilement le droit à son image du droit de propriété d'un portrait par exemple, comment distinguer cette « propriété idéale » dont parle M. Fougerol, du droit d'autoriser la reproduction de ses traits ? L'autorisation n'est-elle pas la manifestation de volonté par laquelle une personne exprime son intention de ne pas exercer son droit à l'image ? Le droit d'autoriser est le renoncement à l'exercice du droit à son image. Cette comparaison doctrinale est donc artificielle ⁽³⁾.

M. Fougerol repousse d'ailleurs la conception qui confond le droit d'auteur et le droit à son image ; nous ne comprenons même pas qu'il ait fait cette concession aux partisans de la théorie que nous combattons.

On ne peut avoir un droit d'auteur sur sa physionomie,

79. — (1) Ritschel : Das Recht am eigenen Bilde, in *Archiv für d. civ. Pr.*, 1903, vol. 94, p. 186 ; citation de Fougerol, *op. cit.*, p. 20, note 1.

(2) Fougerol, *op. cit.*, p. 21.

(3) En résumé, il n'y a pas de droit moral à la physionomie, on peut seulement interdire ou autoriser la reproduction de ses traits ; il existe au contraire un droit moral de l'auteur ou du peintre, lequel pourra, en tout temps, faire reconnaître sa paternité intellectuelle.

celle-ci est une partie de nous-mêmes et non une production de notre esprit : je ne suis pas l'auteur de mon apparence physique. Il serait inexact de ne pas distinguer ces deux droits, bien mieux, la pratique nous montre que ces deux prérogatives peuvent parfois s'opposer l'une à l'autre : voici par exemple un portrait ; en tant qu'image représentative des traits d'une personne, il est l'objet d'un droit au profit du modèle ; en tant qu'œuvre artistique, il appartient au peintre. Il y a dualité de droits et le problème pratique consistera justement à résoudre les conflits possibles ⁽⁴⁾. Le modèle peut s'opposer à la publication ou à la diffusion du portrait, mais c'est au peintre à défendre toute copie ou tout usage commercial de son œuvre ⁽⁵⁾. Il serait donc contradictoire de parler d'un droit d'auteur appartenant au modèle sur son portrait.

80. — Le droit à son image, droit extra-patrimonial.

Le droit à sa propre image n'est pas un droit de propriété ; il n'est pas non plus un droit d'auteur : les droits patrimoniaux, tels que le droit de propriété ou le droit

(4) Voir Fougerol, *op. cit.*, p. 24 et surtout p. 113 et suiv. — Un cas-limite fera bien comprendre la distinction : voici un acteur, créateur d'un type, qui par son maquillage, sa mimique se crée un masque original ; peut-il réclamer la protection du droit d'auteur contre la légion des imitateurs qui le copient servilement dans toutes ses attitudes ? On voit que la solution de cette question est bien différente du droit à la physionomie, car dans le cas précité, il y a création, effort personnel de l'artiste.

(5) *Différenciation du droit d'auteur et du droit à son image* : Une œuvre photographique, dès l'instant qu'elle revêt un caractère relevant de l'art et présente un effort intellectuel et personnel indépendant de la partie mécanique de l'opération, ou même combiné avec cette dernière, constitue une œuvre d'art protégée par la loi.

Il en est ainsi d'un portrait où la pose du sujet, le choix de l'attitude, la disposition des accessoires, font revêtir à l'œuvre un caractère artistique.

En conséquence, l'auteur d'un tel portrait peut prétendre qu'il ne soit pas porté atteinte à son droit par une reproduction portée à la connaissance du public, *encore bien que la personne représentée ait donné son autorisation* à la reproduction du portrait. (Paris, 12 mars 1935, S. 1935.2.111).

Comparer note J. Appleton, *D. P.*, 1902.2.73, sous Trib. civ. Seine, 20 janvier 1899.

d'auteur (*stricto sensu*) règlent l'usage des biens, ils portent sur une chose indépendante et détachée de la personne. L'objet du droit à son image est la défense d'une qualité personnelle de l'homme ; il existe un rapport entre l'image et la personne et c'est lui qui est pris en considération.

Le droit à son image, si nous devons le considérer comme un droit véritable ⁽¹⁾, devra être rangé dans la catégorie des droits extra-patrimoniaux : c'est un droit inhérent à l'individu ; il protège un intérêt de nature extrapatrimoniale ; il garantit ce bien sacré qu'est la physionomie, contre les dangers ou simplement les ennuis de la diffusion dans le public !

SECTION 2

LE DROIT AU SECRET

81. — Position du problème : Plan.

Plus peut-être que les traits du visage, il convient souvent de ne pas jeter en pâture au public les secrets des hommes. Jamais autant qu'à notre époque, on n'a essayé de surprendre les renseignements concernant la vie privée ; une certaine presse remplit ses colonnes de « potins » sur telle artiste de cinéma ou tel coureur cycliste en vogue.

Aussi le droit positif ne se désintéresse-t-il pas de cette protection de notre intimité morale : c'est ce que nous allons montrer.

Nous écrivons : le droit au secret ; en vérité, il n'y a pas un secret, il y a des secrets. Ce ne sont pas les mêmes raisons qui expliquent et légitiment le secret de la confession, le secret médical, le secret de la défense, le secret

80. — (1) Voir n° 6 (note 1), 73 (note 1), 76, et n° 177 (seconde partie).

judiciaire, le secret notarial et celui des agents de change, le secret de la correspondance, le secret d'Etat, diplomatique, politique ou militaire ⁽¹⁾, le secret du vote. Existe-t-il d'ailleurs un « droit » au secret ? Le besoin d'intimité reste diffus et vague, mérite-t-il une protection spécifique ? Cette question qui revient à propos de toute situation extra-patrimoniale, c'est elle que nous étudierons plus loin dans son ensemble ; pour le moment, contentons-nous d'observer, c'est-à-dire de rassembler les données fournies par le Droit positif.

On conçoit facilement qu'il soit logique d'assurer la défense de l'intimité morale par le prononcé de peines contre l'auteur de certaines indiscretions particulièrement graves. Ouvrons un Code pénal :

— La révélation des secrets de l'Etat est prévue par les articles 80 à 82 ; ils punissent la révélation de secrets limitativement déterminés, mais les dispositions de ces articles étaient trop étroites pour assurer efficacement la répression des actes susceptibles de compromettre la défense nationale, d'où le vote de la loi du 18 avril 1886 sur l'espionnage, abrogée et remplacée aujourd'hui par la loi du 26 janvier 1934, modifiée par un décret-loi du 30 octobre 1935 : un récent décret-loi du 17 juin 1938 ⁽²⁾ vient d'élever les peines applicables à l'espionnage jusqu'à la peine de mort. Il s'agit d'assurer la Défense nationale, c'est-à-dire de protéger un intérêt public : nous n'étudierons donc pas cette question.

— L'article 418 punit tout ouvrier ou employé qui a révélé des procédés de fabrication utilisés dans l'établissement qui l'occupait : il suffit que le procédé ne soit pas

81. — (1) Voir Garçon : Code pénal ann. s. art. 378, n° 8.

Contra : Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, tome VI, n° 2348, p. 67, 3^e édit., Paris, 1935.

(2) Décret-loi du 17 juin 1938, relatif à la répression de l'espionnage, *J. O.*, 29 juin 1938, p. 7472 ; *D. H.*, 1938, p. 112 (n° 7, juillet).

Cf. Cass. Ch. Crim. 22 fév. 1939, *Gaz. Pal.*, 1^{er} avril 1939.

Voir Frédéric Hirt : Du délit d'espionnage, Paris, *Sirey*, 1938.

connu ⁽³⁾. La loi de 1934 sur l'espionnage peut jouer parfois si le secret de fabrique intéresse la défense nationale. Nous sommes ici en présence de règles protectrices d'un intérêt privé, mais cet intérêt est patrimonial, car le procédé de fabrication a une valeur pécuniaire estimable.

— En définitive, nous trouvons deux articles du Code pénal ayant trait à notre sujet : l'article 187, complété par une loi du 15 juin 1922 punit la violation du secret des correspondances postales ⁽⁴⁾ ; l'article 378 assure la protection du secret confié en raison de la profession de celui qui l'a reçu.

Nous étudierons en une sous-section première le secret professionnel ⁽⁵⁾, en une sous-section 2 la protection du secret en dehors de la profession, notamment en ce qui concerne les lettres-missives.

SOUS-SECTION 1

LE SECRET PROFESSIONNEL

82. — Fondement juridique de l'obligation au secret.

L'article 378 du Code pénal, modifié par la loi du 16 février 1933, établit le délit de violation du secret professionnel : il a servi de base à de multiples décisions de jurisprudence, qui lui ont donné une grande extension, et

(3) Les dispositions de l'art. 418 s'appliquent à la divulgation d'un procédé de fabrication connu d'un petit nombre d'industriels et tenu caché à leurs concurrents ; Cass., 30 déc. 1931, S. 1933.1.199 ; 29 mars 1935, D. H., 1935, p. 289 ; 2 mars 1938, *Rev. de Sc. crim. et de dr. pén. comp.*, 1938, 505.

(4) Consulter visant la protection des correspondances et signaux de détresse transmis par la voie radioélectrique, la loi du 15 juin 1938 ; J. O., 17 juin 1938, p. 6866, complétant l'article... 378 Code pénal (!)

(5) On parle couramment de secret professionnel : il faut remarquer que le fait confié peut être d'ordre privé, mais le confident est un professionnel. La protection du secret de la vie professionnelle et commerciale ne présente pas de caractères juridiques particuliers : on prend en considération, dans le secret dit professionnel, la nature professionnelle du lien qui unit le confident à l'individu qui lui confie son secret.

« notamment l'ont utilisé pour dispenser les confidents nécessaires de témoigner en justice, voire même pour le leur interdire et pour écarter leurs dépositions faites malgré cette prohibition » (1).

Nous n'avons pas l'intention de traiter ici un sujet classique, mais le texte de l'article 378 *présuppose* l'obligation au secret professionnel, il la sanctionne : nous nous contenterons de rappeler les discussions qui se sont élevées autour du fondement juridique de cette obligation au secret dans le cadre de la profession.

Ici, s'opposeront avec une force inégalée, les deux grandes tendances individualiste et sociale. A l'appui de la plainte, motivée par la révélation d'un secret, on fera valoir d'un côté les intérêts imprescriptibles de la personne humaine : les individualistes, pour appuyer leur théorie tranchée, diront que l'obligation au secret repose sur un contrat, contrat tacite entre le confident et le dépositaire, contrat qui ne saurait être rompu que par un accord de volontés. Certains, donnant pour base au secret professionnel une nécessité d'ordre public absolu, diront que l'exception détruit la règle, que le secret doit être total ou n'être pas.

Mais cet idéal de silence, si grand qu'il soit, ne saurait être absolu, riposteront d'autres auteurs ; le silence professionnel ne saurait être hermétique : il doit céder devant certaines nécessités sociales, parce que la vie de tous vaut mieux que la vie d'un seul ; le médecin, par exemple, doit former des disciples et dans un intérêt supérieur, il leur révèle son secret. L'individu exige le secret toujours et quand même, la société a quelquefois besoin, pour des fins supérieures, que ce secret soit partiellement levé.

Selon d'autres auteurs, le secret professionnel prendrait

82. — (1) Louis Clément : Notariat et secret professionnel, *Th. Lyon*, 1938, p. 41. Voir sur le problème de la production des dossiers secrets devant le juge civil, la note de M. Mimin, *D. P.* 1937.2.20 sous Tr. civ. Seine, 4 janv. 1937, et l'article de M. Richier, *Rev. Sc. crim. et de droit pén. comp.*, 1938.31.

sa source dans un intérêt social ; ce que demande l'intérêt social, c'est que la révélation intempestive, inconsiderée du secret ne vienne pas attirer à telle ou telle profession la méfiance et la mésestime du public.

Le médecin est né de la souffrance humaine, il apporte à défaut de guérison un peu de consolation et d'espoir ; son rôle nécessaire et divin a besoin de s'enrober de mystère ; son secret est nécessaire comme la vie qu'il protège, car combien d'entre nous, plutôt que d'avouer une faute, un acte peut-être normal, mais qu'ils jugent coupable, précisément parce qu'ils en sont punis, combien garderaient sous le manteau, blémissant sans un cri, tel l'enfant de Sparte, le renard qui les ronge ! Le désir de vivre n'est pas toujours si impérieux que croient les bien-portants : il faut que le médecin se taise ; sa loquacité, c'est le silence du malade ; il faut que le patient puisse se détendre, se livrer et il sera à moitié guéri.

Nous avons pris l'exemple le plus frappant, celui du médecin, mais ces notions jouent d'une manière générale : elles s'appliquent au chirurgien, au pharmacien, à la sage-femme comme au médecin⁽²⁾, au magistrat⁽³⁾ comme à l'avocat⁽⁴⁾, à l'avoué comme au notaire⁽⁵⁾, au fonctionnaire public⁽⁶⁾ comme au juré, elles reçoivent application pour l'agent de change et le banquier⁽⁷⁾.

83. — Critique de la théorie contractuelle.

La théorie contractuelle suppose à la base de l'obligation au secret un contrat entre le professionnel et le client,

(2) Voir Gabriel Jean : Contribution à l'étude du secret médical au point de vue juridique, *Th. Bordeaux*, 1932. — Georges Jacomet : Du caractère juridique du secret médical, *Th. Paris*, 1933. (Voir la bibliographie dans la thèse de Gabriel Jean).

(3) Joseph Serre : Du secret professionnel des magistrats, *Th. Paris*, 1910.

(4) Louis Pimienta : Le secret professionnel de l'avocat, *Th. Paris*, 1937.

(5) Louis Clément : *Th. précitée* et bibliographie ; *Crim.*, 3 mars 1938, S., 38.1.209, note H. Rousseau.

(6) Waline chronique, *D. H.*, 1930, p. 65.

(7) Anatole Sacker : Du secret professionnel du banquier, *Th. Paris*, 1933.

la convention se formant tacitement dans la majorité des cas. Ceci posé, les auteurs ne sont plus d'accord sur la nature juridique du contrat : quelques-uns y voient une convention de dépôt, d'autres un mandat ou un louage de services.

— La thèse du contrat de dépôt remonte aux criminalistes de notre Ancien Droit, et les termes de l'article 378 du Code pénal semblent à première vue favorables à cette interprétation, mais de toute évidence le terme dépositaire est employé dans un sens qui n'a rien de juridique. Rien ne permet d'assimiler la confiance au « dépôt » réglementé par l'article 1918 du Code civil et suiv., à ce contrat qui ne peut avoir pour objet que des choses mobilières et qui exige une tradition. Restée surtout doctrinale avec MM. Chauveau et Hélie, Pellerin, Sadoul et Merger, cette opinion a été parfois admise en jurisprudence, notamment par le célèbre arrêt Watelet, où le rapporteur M. Tanon parle d'un « dépôt de confiance » ⁽¹⁾.

— Certains auteurs ⁽²⁾ ont essayé de rajeunir la théorie contractuelle, en la faisant reposer soit sur le mandat, soit sur le louage de services ; les tribunaux ne prirent pas en considération cette tentative ⁽³⁾.

— M. Perraud-Charmantier a enfin, dans un mémoire couronné ⁽⁴⁾ en 1925 par l'Académie des Sciences morales et politiques, exposé une conception particulière, et conclu à l'existence d'un contrat innommé. Le secret professionnel, dit-il, est basé sur un contrat intervenu, soit expressément, soit tacitement entre un particulier et un confident, qui, à raison de l'exercice immédiat de sa profession, a nécessairement reçu de lui connaissance du secret.

83. — (1) Paris, 5 mai 1885, S. 1885.2.121 (Arrêt Watelet), Cass. 19 déc. 1885, S. 1886.1.86 ; D., 1886.1.347.

(2) Verwaest : Le secret professionnel, *Thèse Paris*, 1892 (mandat). Merger : Le secret professionnel, *Th. Paris*, 1895, p. 15 à 20 (louage de services).

(3) Lyon, 16 janvier 1909, D. P., 1909.2.123.

(4) Perraud-Charmantier : Le secret professionnel, ses limites, ses abus, 1925.

Que penser de la théorie contractuelle ? Elle ne résiste pas à une critique attentive.

D'abord l'idée de contrat est une notion civile, et certains auteurs s'étonnent qu'elle puisse soutenir un texte pénal⁽⁵⁾. Le contrat est par son essence relatif et limité, le Droit pénal édicte des règles communes d'une portée générale : s'il advient que le Code de 1810 sanctionne de simples contrats, ce n'est que dans la mesure où ils sont délictueux, c'est-à-dire contraires à la loi civile. Il n'est pas sans exemple de trouver dans la loi pénale des sanctions se référant à de simples contrats tels que le prêt à usage, le nantissement, le louage, le mandat, le dépôt : l'article 408 du Code pénal ne les sanctionne-t-il pas sous le nom d'abus de confiance ? peuvent répliquer nos adversaires. Mais l'effet principal de la théorie du contrat est la faculté qu'elle accorde aux déposants de lever le secret ; or, une troisième personne, l'avocat de la République, est intervenue et le délinquant inculpé d'abus de confiance sera poursuivi, malgré l'intention contraire du co-contractant. Donc, si M. Perraud-Charmantier recourt à l'abus de confiance pour expliquer la sanction pénale de la divulgation du secret professionnel, il doit abandonner la conséquence la plus importante de sa théorie.

— Peut-on parler d'un contrat tacite ? Un contrat, c'est déjà beaucoup ; mais tacite à coup sûr me semble trop ; ce système juridique où il serait loisible d'apprendre aux individus qu'ils ont contracté sans le savoir, laisse le champ libre à l'imagination. Il n'est pas de convention qu'un esprit fallacieux ou arbitraire ne pourrait forger.

La théorie contractuelle ne rend pas compte des faits : le malade appelle à son chevet l'homme de l'art ; c'est une nécessité pour lui, la décision est prise *a priori* ; l'appel au médecin est un réflexe vital de l'individu⁽⁶⁾. C'est un

(5) G. Jacomet, *op. cit.*, p. 8, voir p. 11.

(6) G. Jacomet, *op. cit.*, p. 9.

notaire, d'autre part, qui est appelé à dépouiller au cours d'un inventaire les papiers d'un défunt, qui de son vivant ne s'était jamais adressé à lui ; la théorie contractuelle semble particulièrement inapplicable aux secrets dont le notaire est détenteur, puisque les documents qu'il a à analyser n'intéressent pas seulement le *de cujus*, mais aussi une concubine, un enfant naturel qui n'ont jamais eu aucun rapport avec l'étude⁽⁷⁾. C'est l'avocat commis d'office, dont le consentement n'est pas requis, qui est tenu de recevoir le secret et de le conserver malgré lui⁽⁸⁾.

— Cette théorie, de plus, ne sauvegarde ni l'intérêt des particuliers, ni l'intérêt général : baser le secret professionnel sur un contrat, c'est autoriser la divulgation de tout ce que le professionnel sait et qui ne lui a jamais été confié, de ce qu'il surprend et devine, c'est admettre l'éventualité de clauses restrictives ou extensives, la possibilité de conventions relatives au secret⁽⁹⁾, la faculté de se prévaloir des dispositions de l'article 1184 du Code civil⁽¹⁰⁾.

Pourquoi alors admettre une théorie contractuelle, inexacte et inutile, alors que l'argument historique selon lequel le secret avait un caractère contractuel dans l'Ancien Droit est incertain ? Le silence des coutumes et des auteurs ne permet-il pas nombre d'interprétations ?⁽¹¹⁾ Sauf peut-être en ce qui concerne le secret professionnel du banquier pour lequel la jurisprudence n'applique pas d'ailleurs l'article 378 du Code pénal⁽¹²⁾, la théorie contractuelle est à rejeter.

84. — Secret professionnel et ordre public.

Le secret professionnel, ne reposant pas sur un contrat, prendrait sa source dans un intérêt social : la profession

(7) L. Clément, *Thèse précitée*, p. 56.

(8) L. Pimienta, *op. cit.*, n° 40, p. 33, b).

(9) Jacomet, *op. cit.*, p. 14.

(10) L. Pimienta, *op. cit.*, n° 42, p. 34, b).

(11) Jacomet, *op. cit.*, p. 10.

(12) A. Sacker, *op. cit.*, p. 11, p. 13 et suiv., p. 38 et suiv.

et la société imposent le secret, indépendamment de toute convention passée avec le client. Le secret professionnel sera d'ordre institutionnel ; il n'y a pas seulement en présence deux parties : le médecin et le malade, le notaire et son client ; une troisième est là : le corps notarial et médical ; la profession impose ses lois, lois exigées par la société elle-même.

Le silence étant d'ordre public, le professionnel est dans l'obligation de taire les faits se rattachant de près ou de loin à l'exercice de sa profession : ce système rigide ne distingue pas entre les cas délicats ; il tranche les difficultés en les éludant, il ne tient aucun compte des nécessités pratiques.

Cette théorie porte d'ailleurs en elle-même sa contradiction : si l'on parle d'ordre public pour étendre le secret médical, protecteur du repos des familles et de l'honorabilité professionnelle, on en parle aussi pour restreindre cette même notion, dans le cas de témoignage en justice notamment.

Il nous faut donc rejeter la théorie du secret absolu, fondé sur l'ordre public. C'est qu'en effet l'ordre public est une notion élastique ; il est relatif dans son essence, et d'ailleurs n'existe-t-il pas autant d'opinions sur l'ordre public que de manuels ou de monographies sur la question ? La formule de M. Perraud-Charmantier qui parle d'un ordre public relatif est intéressante, mais la théorie présentée nous semble inexacte :

D'une part, nous avons dû rejeter sa base contractuelle : l'ordre public, loin de « solutionner » le contrat nommé, le détruit.

D'autre part, M. Perraud-Charmantier confère à la notion d'ordre public, une rigidité qu'elle n'a pas ; sa distinction de l'absolu et du relatif semble inutile.

L'obligation au secret professionnel est d'ordre public mais cette notion traduit la prééminence des intérêts sociaux sur les volontés individuelles ; elle doit s'adapter aux complexités des intérêts sociaux, tenir compte des

changements qui peuvent à tout moment se produire dans l'importance respective des besoins de défense sociale, ou de la nécessité qu'il y a à reconnaître aux individus une plus ou moins large autonomie⁽¹⁾. Peut-on parler alors d'un ordre public relatif et d'un ordre public supérieur, comme le fait M. Perraud-Charmantier ? Cela nous paraît être une impropriété de langage : l'ordre public est un par définition : le mérite de M. Perraud-Charmantier est d'avoir souligné le jeu d'intérêts d'inégale importance.

Le secret professionnel est donc une obligation d'ordre public ; mais dans son application, cette obligation n'est pas dépourvue d'une grande souplesse.

85. — Secret professionnel et profession.

Existe-t-il alors une théorie générale du secret professionnel, ou des théories spéciales à chaque profession ? Un éminent criminaliste a soutenu la théorie unique du secret professionnel⁽²⁾ : il rejette la conception opposée « parce qu'à la fois irrationnelle, contraire au texte de l'article 378 et pratiquement dangereuse ».

Il est incontestable que le texte même de l'article 378 ne fait aucune distinction : il ne prévoit aucune différence de traitement entre les divers confidents qu'il englobe dans une même obligation et sous une même sanction, mais comme le note M. Pimienta⁽³⁾, il ne prévoit pas les conditions générales dans lesquelles ces confidents sont soumis au secret, il n'énumère pas tous ces confidents : peut-on raisonnablement craindre d'enfreindre la loi, quand la loi n'a pas parlé ?

La plupart des auteurs⁽³⁾ soutiennent aujourd'hui la

84. — (1) Capitant : Cours de droit civil français, tome I, n° 9 bis, 8^e édition, Paris, 1934.

85. — (1) Garraud : Droit pénal, tome VI, n° 2348 ; Procédure pénale, n° 392, p. 57.

(2) L. Pimienta, *op. cit.*, n° 69, p. 52.

(3) Voir Garçon : Code pén. annoté sous art. 378, n° 19 ; Pimienta, n° 88, p. 71, note 3 avec références.

théorie opposée ; que fait la jurisprudence pour fixer la limite entre le licite et l'illicite ? elle se réfère à la pratique de la profession et ainsi existent des secrets professionnels ; en étudiant chacun d'eux séparément, on apporte quelques précisions à l'étude de ce délit ; les auteurs ayant étudié le secret de telle ou telle profession insistent tous sur l'importance des us et coutumes de la profession envisagée, et sur le fait que l'article 378 nous place très souvent sur le terrain du subjectif ; souvent le professionnel sera seul juge du secret ; un seul critère : sa conscience, son tact, sa science professionnelle ⁽⁴⁾.

Nous aboutissons ainsi à une théorie essentiellement souple, que les tribunaux, c'est-à-dire la pratique, affinent chaque jour.

— Il importe de noter aussi que la jurisprudence, non seulement se fait de l'ordre public une conception variant selon chaque profession, mais encore n'applique pas cet article 378 du Code pénal à toute profession ; si dans la vie des affaires, où la discrétion a son importance, on parle souvent de secret professionnel, c'est là une tolérance de langage, car pour qu'un confident puisse se prévaloir de l'obligation au secret de l'article 378, il faut que « son obligation se justifie par l'impossibilité où se trouve le déposant de s'adresser à d'autres, soit pour éclairer sa conscience, soit pour chercher dans de loyaux et sages conseils un concours indispensable à la garantie de ses intérêts ou de son honneur » ⁽⁵⁾. La jurisprudence n'applique pas l'article 378 à la profession de comptable ⁽⁶⁾ ou à celle de banquier, par exemple ⁽⁷⁾ : il n'existe donc aucun texte légal obligeant le banquier à garder le silence sur les affaires de sa clientèle ; cependant il est admis que le banquier, qui, dans l'exercice de sa profession,

(4) Garçon, *op. cit.*, n° 160.

(5) Muteau : Du secret professionnel, d'après la loi et la jurisprudence, Paris, 1870, p. 16.

(6) Cour de Paris (13^e Ch.), 7 nov. 1938, *D. H.*, 1939.40. Cf. Chronique Hugueney, *Rev. de Sc. crim.*, 1938, p. 714.

(7) A. Sacker : Du secret professionnel du banquier, *Th. Paris*, 1933, p. 51 et suiv.

commettrait des indiscrétions injustifiées sur le compte de sa clientèle, serait astreint à réparer le préjudice causé. Quelle est la source de la responsabilité à laquelle s'expose ainsi le banquier ? Deux conceptions paraissent possibles à cet égard :

— 1° La conception délictuelle : on appliquera l'article 1382 du Code civil qui établit un devoir général de ne pas nuire à autrui et le sanctionne par l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute. C'est la conception traditionnelle.

— 2° Une deuxième conception est possible : elle consiste à voir dans le secret professionnel une obligation conventionnelle, assumée par le banquier envers son client. On retrouve ici la notion contractuelle précédemment étudiée, et l'on parle de dépôt, de mandat ou de contrat innommé. Il semble qu'il faille repousser ici aussi cette conception.

A la vérité, il est rare que l'obligation du secret fasse l'objet d'une convention écrite ; on peut plutôt imaginer qu'une condition contractuelle sous-entendue est relative à l'obligation du secret. Or, qui va déterminer l'existence de cette condition sous-entendue ? Evidemment le tribunal chargé de trancher le litige. Il s'agit donc d'une *responsabilité professionnelle*, et cette matière, loin d'être contractuelle, est institutionnelle, puisque la jurisprudence sera pratiquement obligée de se référer aux usages de la profession, et aux textes qui la régissent.

Ainsi, la profession exerce une influence certaine, sur le problème de la responsabilité : dans la vie courante, celui qui se prétend lésé par une indiscrétion quelconque, pourra agir par l'intermédiaire de l'article 1382 ; mais alors que pour le professionnel cité plus haut, à savoir le banquier, la jurisprudence utilisait les règles professionnelles pour déterminer l'existence d'une faute, elle ne peut, hors de la profession, que s'en rapporter à la morale.

86. — De l'application de l'art. 1382 du Code civil. Comparaison avec l'art. 378 du Code pénal.

Nous savons maintenant que pour la défense du secret, deux actions peuvent jouer en matière professionnelle : l'article 378 C. pén. ou l'article 1382 C. civ.

L'article 1382 C. civ. sera utilisé, soit lorsque la jurisprudence ne veut pas appliquer l'article 378 du Code pénal, soit lorsque la révélation du secret est le fait d'une simple imprudence ; pour que le délit de révélation de secret professionnel soit constitué, il faut en effet que la révélation soit intentionnelle ; en Droit pénal, l'homme n'est considéré comme responsable que lorsque le fait délictuel lui est imputable. Si donc la divulgation est le résultat d'une imprudence, d'une négligence, d'un hasard, l'absence d'intention empêchera la formation du délit : il y aura au maximum une simple faute pouvant exposer le confident professionnel à des dommages-intérêts civils, mais l'élément de volonté constitutif du délit fait défaut ; la révélation spontanée est seule punissable pénalement.

Il ne faut pas confondre l'intention de révéler et l'intention de nuire : la première peut exister en dehors de la seconde, et c'est elle seule qu'il convient de déterminer⁽¹⁾ ; le délit de révélation du secret professionnel existe en effet, dès que la révélation a été faite avec connaissance, indépendamment de toute intention de nuire : c'est l'arrêt Watelet qui semble fixer la jurisprudence en la matière. M. Perraud-Charmantier s'élève contre cette opinion, il cite même, dans un article récent⁽²⁾, deux

86. — (1) Dans le même sens, Marie-Jeanne Lacas : Les obligations du médecin, *Th. Paris*, 1938, p. 214.

Voici la définition de l'intention délictuelle donnée par M. Garraud : Droit pénal, tome VI, n° 2352 : « L'intention criminelle consiste ici, comme dans la plupart des délits, uniquement dans la volonté de l'agent de commettre une action dont il n'ignore pas la criminalité, c'est-à-dire de révéler un secret qu'il n'a connu que dans l'exercice de sa profession ou à l'occasion de cet exercice, sachant que cette révélation est prohibée par la loi pénale.

(2) Répertoire analytique de droit civil et fiscal, 5 fév. 1938.

arrêts de Cassation qu'il interprète comme abandonnant la jurisprudence Watelet⁽³⁾. L'arrêt cité par lui, du 29 mars 1927, autorise les médecins à délivrer des certificats négatifs, il ne peut y avoir ici intention de nuire, puisque par hypothèse, ces certificats contribuent à servir l'intérêt du malade : c'est le caractère négatif du certificat par opposition au certificat positif qui, à lui seul, a été déterminant dans la pensée de la Cour suprême. Il paraît excessif d'interpréter cet arrêt de 1927 comme l'indice d'une adhésion, même virtuelle, à la thèse d'après laquelle l'idée de préjudice serait inhérente à la notion de secret professionnel.

Dans l'arrêt de 1936, il s'agit d'un témoignage médical positif, et pour l'autoriser, la Chambre civile se réfère sans ambiguïté à ce fait qu'il n'était susceptible de causer aucun tort posthume à la cliente. Pourtant, même en présence de cette décision, nous ne pensons pas que la jurisprudence entende désormais adopter, pour critère du secret par nature, le caractère nuisible de sa révélation. Tout ce que l'on peut reconnaître avec M. Légal, c'est que « le caractère préjudiciable de la révélation est une des circonstances qui, en cas de doute, entreront en ligne de compte pour déterminer la nature confidentielle des faits parvenus à la connaissance du médecin ». Seulement il ne s'agit pas là d'un élément distinct de l'infraction, mais simplement d'une présomption en faveur d'une demande tacite de silence.

Peut-être assisterons-nous à un revirement de jurisprudence plus marqué ; il serait en tout cas dangereux d'abandonner la conception de l'arrêt Watelet : lorsque la bonne foi éclate aux yeux de tous, la jurisprudence, pour ne pas se montrer trop draconienne, accorde des circonstances atténuantes ; qui, d'autre part, peut chiffrer

(3) Cass. 29 mars 1927, S. 1928.1.5, note Hugueney ; D. P., 1927.1.185, note Mazeaud ; Civ., 13 juillet 1936, Gaz. Pal., 1936.1.727 ; D. H., 1936, p. 588 ; Rev. sc. crim. et de dr. pén. comparé, 1937, p. 70 ; S., 1938.1.201, note de M. A. Légal, à laquelle nous renvoyons.

avant une révélation le dommage qu'elle pourrait causer? Du reste, la loi du secret professionnel n'est pas établie seulement dans l'intérêt du client, mais aussi dans celui de la profession et de la société. Il est de toute évidence que si la révélation du secret ne met en jeu aucun intérêt et n'est dommageable d'aucune façon, le professionnel ne pourra être poursuivi que pour délit pénal, né du trouble apporté à une disposition d'ordre social ; pas de victime, pas de partie civile, par application de la règle : pas d'intérêt, pas d'action.

Le nouveau Code pénal italien de 1930 ne punit la révélation du secret que si elle peut causer un dommage (art. 622) ; une telle solution est inacceptable : elle équivaut à une autorisation de parler quand le fait peut honorer le déposant du secret, mais elle laisse librement interpréter le silence dans son sens le plus défavorable (4).

Il ne faut donc pas confondre l'obligation au secret supposée par l'article 378 C. pén. (5), et le devoir général de ne pas nuire à autrui, établi par l'article 1382 C. civ. ; pratiquement les deux actions sont différentes ; dans l'action pénale, il n'est pas nécessaire que la révélation ait causé un dommage, il faut qu'elle ait été faite « sciemment » ; avec l'action civile, nous trouvons deux règles inverses : il faut que la révélation ait causé un dommage, mais peu importe qu'elle ait été faite non volontairement. Si ces deux actions présentent des caractères distincts, c'est que leur fondement est différent : l'action pénale a en vue la protection d'un intérêt d'ordre public, l'action civile protège un intérêt privé. Il faut maintenir cette distinction ; dans l'article 378, c'est le secret professionnel confié au confident nécessaire qui est protégé ; avec l'article 1382, c'est la réparation du préjudice subi par une révélation fautive que l'on se pro-

(4) Voyez Cass. 16 mars 1893, *D. P.*, 1894.1.137 et le rapport de M. le conseiller Vételay.

(5) Voir, à propos de la question du droit au secret professionnel, *Id.* n° 94.

pose d'assurer. On peut donc, à la suite de la révélation d'un secret professionnel, être relaxé en correctionnelle, mais condamné à payer des dommages-intérêts par application de l'article 1382. Réciproquement, si aucun dommage n'est causé, il ne pourra y avoir qu'une poursuite pénale.

87. — De l'existence d'un droit au secret professionnel.

Nous avons envisagé le problème de l'obligation au secret qui pèse sur le professionnel ; existe-t-il réciproquement un droit au secret pour le client du professionnel ?

Certes, l'institution juridique de la protection du secret prend en considération l'intérêt du particulier, mais un intérêt social est également à la base de cette protection. Peut-on parler d'un droit au secret ? Si l'intérêt du particulier est bien de nature extrapatrimoniale (généralement le dommage causé par la violation du secret consiste dans une mauvaise réputation privée ou commerciale), le problème se pose cependant de l'existence d'un droit au secret.

Nous n'avons pas admis la conception selon laquelle la source de ce droit serait un contrat tacite intervenu entre le professionnel et son client ; mais il ne faut pas dire que l'idée de protection de l'intérêt social ait seule inspiré le législateur ; le fondement quasi-délictuel de la responsabilité du banquier ou du professionnel en général ne nous renseigne pas davantage, car si la faute est la violation d'un droit, il faut nous dire quel est ce « droit » au respect du secret confié. Les auteurs qui emploient cette expression sont souvent des philosophes du droit ; l'expression est alors valable en droit naturel ; elle est inexacte, sans autre explication, en droit positif.

Il ressort de cette étude, qu'un intérêt extrapatrimonial privé est protégé : cependant l'intérêt social est ici prépondérant. Le problème essentiel est donc de savoir s'il

existe un droit véritable ou simplement un intérêt protégé indirectement. Nous renvoyons sur ce point à notre deuxième partie ⁽¹⁾. En admettant l'hypothèse d'un droit au secret professionnel, ce droit serait évidemment de nature extrapatrimoniale : en effet, les auteurs notent le caractère extrapatrimonial du droit au secret privé des lettres missives ⁽²⁾ ; nous devrions donc aboutir à la même conclusion, car si, en matière professionnelle, le moyen de protection change, l'intérêt protégé est toujours le sentiment d'intimité, la pudeur morale du particulier, bref un intérêt extrapatrimonial par excellence ⁽³⁾. L'élément professionnel ne peut avoir d'influence que sur le problème de l'existence d'un droit, par suite de la mise en jeu de l'intérêt public.

Sous-Section 2

LA PROTECTION DU SECRET DANS LA VIE PRIVÉE

88. — Application généralisée de l'art. 1382. Diffamation et secret.

Nous ne trouvons ici aucun texte spécial : l'application de l'article 1382 sera seule admise ⁽¹⁾, le tribunal devra déterminer une faute, et il sera nécessaire pour agir de faire la preuve qu'un préjudice a été causé par l'indiscrétion. On protège donc autant l'honneur de la personne que son secret, puisqu'une indiscrétion non dommageable ne portant pas atteinte à l'honneur, par exemple, ne sera pas réprimée : nous étudierons donc la question de la responsabilité civile en matière de renseignements fournis sur les tiers dans la section consacrée à l'honneur ⁽²⁾. Il en

87. — (1) Voir n° 177.

(2) Voir n° 93.

(3) Voir note 5, n° 81.

88. — (1) Voyez Trib. correct. Corbeil, 27 déc. 1895, *D. P.*, 1897.1.233 (note).

(2) Voir n° 101.

sera de même pour la diffamation, laquelle assure une protection du secret, indirecte, à vrai dire : la diffamation, en effet, est toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne à laquelle le fait est imputé ; une fin de non-recevoir à l'action est la preuve de l'exactitude des faits diffamatoires ; dans certains cas seulement cette preuve est admise ; il se trouve de nombreuses espèces où la diffamation porte sur des faits vrais. L'intention coupable d'autre part est exigée, même si, à défaut de publicité, la diffamation devient une simple contravention, mais cette intention est présumée ; peu importe le but poursuivi, la bonne ou la mauvaise foi ; l'intention consiste dans la conscience que l'inculpé a eue du tort causé par le propos diffamatoire. Ainsi, pratiquement, l'allégation ou l'imputation d'un fait déterminé et précis, de nature à porter atteinte à l'honneur d'une personne désignée dans les allégations malveillantes, est sanctionnée comme délit parce qu'elle a eu lieu publiquement. A défaut de publicité, la diffamation est une simple contravention.

**89. — Des principes assurant le secret des lettres missives.
Inviolabilité et secret de la correspondance.**

Parmi les nombreux problèmes posés par la correspondance, celui sur lequel les auteurs ont le plus discuté est celui que nous appellerons d'un terme général : le secret de la correspondance.

D'après M. Beirnaert, l'auteur d'une thèse récente sur la question ⁽¹⁾, le secret de la correspondance se subdivise en deux principes distincts :

— L'inviolabilité de la correspondance s'oppose à ce qu'une atteinte quelconque soit portée aux lettres missives durant leur circulation (ouverture, suppression, substitution, retard).

89. — (1) Maurice Beirnaert : Des lettres missives (ét. juridique des principes qui en assurent le secret), *Th. Lille*, 1937, p. 10.

— Le principe du secret des lettres (confidentielles) s'oppose à la divulgation du contenu de la lettre missive par l'auteur, ou le destinataire, ou leurs ayant-droits.

Cette distinction est séduisante : il est incontestable que le principe de l'inviolabilité s'applique entre le moment où l'expéditeur a confié sa lettre à l'Administration et celui où l'Administration la remet au destinataire. A partir de ce moment, il laisse sa place au principe du secret des lettres (confidentielles, ajoutera M. Beirnaert), lequel reçoit application, lorsque les lettres ont fini de circuler.

Nous n'insisterons pas sur le principe de l'inviolabilité de la correspondance : l'article 187 du Code pénal sanctionne dans quelques cas certaines infractions à ce principe commises par les agents des P. T. T. et l'article 378 est parfois applicable⁽²⁾. Une loi du 15 juin 1922 est venue ajouter un second alinéa à l'article 187 qui fait de la violation de la correspondance par les *particuliers* un délit pénal bien déterminé et sévèrement réprimé⁽³⁾. Enfin des sanctions civiles sont possibles : on utilisera l'article 1382 s'il s'agit de la violation de la correspondance par un tiers, l'article 1142 si la violation de la correspondance est le fait d'un agent des Postes, puisqu'une convention de transport est intervenue entre l'Administration et l'expéditeur ; mais il faut tenir compte de l'irrespon-

(2) M. Beirnaert soutient le contraire, *op. cit.*, p. 81, contrairement à la majorité des auteurs et à la jurisprudence ; il avoue d'ailleurs que la discussion est purement juridique et qu'il souhaiterait voir assujettis les agents des postes aux mêmes obligations que les personnes tenues au secret professionnel (p. 87). La théorie de M. Beirnaert semble inexacte, car l'auteur ne semble voir dans le texte de l'art. 378 que la protection d'un intérêt privé ; n'oublions pas qu'un intérêt public est en jeu : celui de la conscience professionnelle nécessaire au bon fonctionnement de l'Administration.

(3) Cf. n° 81, note 4. — Crim., 18 juin 1937, *D. H.*, 1937, 488 ; *Revue de Sc. crim. et de dr. pén. comparé*, 1938, 70 (voir aussi *D. H.*, 1937, 108 et *D. H.*, 1938, 520).

Voir Gény : Des droits sur les lettres missives, 1911, tome I, n° 61, p. 165 ; Beirnaert, *op. cit.*, p. 70 et suiv. ; Louis Dominjon : La protection du secret des correspondances et le droit pénal, *Th. Lyon*, 1938.

sabilité de l'Administration des Postes⁽⁴⁾. Seuls les agents des Postes responsables pourront se voir réclamer des dommages-intérêts par les particuliers pour fautes commises dans l'exercice de leur fonction.

90. — Du secret des lettres missives.

Sans nous attacher à une analyse exhaustive des décisions judiciaires et des théories, qui excéderait manifestement et notre cadre et notre but⁽¹⁾, nous examinerons le problème du secret des lettres missives, au point de vue de la notion même d'un droit au secret.

Le destinataire de la lettre en est propriétaire⁽²⁾ ; le principe du secret des lettres confidentielles vient restreindre son droit : quel est le fondement juridique de ce principe du secret ?

— Alors que pour le secret professionnel ou le principe de l'inviolabilité de la correspondance, un intérêt

(4) L'Administration, non seulement est irresponsable, mais de plus elle a parfois volontairement porté atteinte au principe de l'inviolabilité. Voir sur le Cabinet noir, l'article de M. Ernest d'Hauterive, *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} juillet 1938, p. 179.

90. — (1) Voir sur différents problèmes : note Nast, *D. P.*, 1930.2.129 sous Bordeaux 15 mars 1929. Cf. Req., 2 août 1938 ; *D. H.*, 1938.518 (et *D. H.*, 1938.236) à propos du contrôle de la correspondance de la femme mariée.

Notes Appleton : *D. P.*, 1935.2.55 sous Toulouse, 2 mars 1933 (lettre envoyée par un avocat à un client) ; *D. P.*, 1936.1.100 sous Civ., 6 mai 1936 (contrôle de la correspondance d'un aliéné).

(2) Voir sur les théories niant la transmission de propriété au destinataire, Beirnaert, *op. cit.*, p. 121 ; sur l'explication de cette transmission de propriété, Beirnaert, *op. cit.*, p. 124. La théorie proposée par M. Beirnaert (p. 127), à savoir celle d'un « contrat » de correspondance, nous paraît artificielle. C'est là une manifestation de la tendance à l'élargissement de la notion de contrat ; singulier contrat en vérité : sa cause, c'est la poursuite de leur intérêt par les parties, son objet l'émission de toute une correspondance, le consentement du destinataire résulte enfin de l'acceptation de la lettre qui lui est remise par l'agent des postes ou le mandataire de l'expéditeur. Combien plus près de la vérité nous semble l'opinion de Gény ! Il y a accord de volontés tendant à transférer l'écrit épistolaire, avec sa qualité propre de l'expéditeur au destinataire (tome I, p. 240). Le droit du destinataire repose essentiellement sur la possession de l'écrit épistolaire, transmise en des conditions qui protègent la possession mobilière (art. 1141, 2279, 2280) contre toute réclamation (I, p. 298).

Voir critique n° 91.

public était en jeu, il s'agit ici d'intérêts purement privés. Dire avec certains auteurs que le secret des lettres confidentielles est un principe de droit public, découlant des principes de 1789 est inexact : cette conception pourrait être admise pour le principe de l'inviolabilité, mais elle n'a rien à faire ici. D'ailleurs les déclarations de 1789 n'ont pas de force juridique⁽³⁾, elles ne créent pas d'obligation pour les parties : elles doivent être organisées par le législateur ; sinon, elles n'ont qu'une simple valeur morale⁽⁴⁾.

Il faut donc admettre que le secret des lettres confidentielles est un principe de Droit privé. Quelle explication juridique donner de cette obligation au secret ? Nous exposerons sommairement trois importantes théories, dans un ordre contraire à la date de leur apparition.

91. — Théories contractuelles : contrat de correspondance, convention de secret.

M. Beirnaert, dans la thèse précitée, expose sa théorie du contrat de correspondance : les parties à ce contrat de correspondance peuvent stipuler de ne pas divulguer leurs lettres, lorsque le but qu'elles poursuivent toutes deux en correspondant ne le nécessite pas, faisant ainsi intervenir une condition éventuelle, non potestative⁽¹⁾.

Un contrat, un contrat tacite, déduit de l'envoi par l'expéditeur et de l'acceptation de la lettre par le destinataire, telle est la conception de l'auteur. Nous avons déjà émis des réserves sur cette explication du droit de propriété du destinataire de la lettre. Ici, nous serons beaucoup plus catégorique. Quel est ce système juridique où il serait loisible d'apprendre aux individus qu'ils ont contracté sans le savoir ? Si l'on admet la conception de M. Beirnaert, il faut la suivre jusqu'au bout ; voici un

(3) Voir J. Barthélemy : Précis de Droit public, Dalloz, 1937, n° 54.

(4) Cf. Beirnaert, *op. cit.*, p. 141.

91. — (1) Beirnaert, *op. cit.*, p. 148 et suiv.

cas pratique : un journal vous envoie un spécimen avec une lettre d'envoi, vous acceptez lettre et spécimen. Dans la lettre, le directeur vous prie de vous abonner et vous annonce qu'en cas de non-réponse, il vous considérera comme un de ses fidèles lecteurs. Lassé par un tel sans-gêne, vous ne répondez pas. La jurisprudence a admis que l'on ne peut « forcer la main » de cette manière⁽²⁾.

Prenons un exemple non commercial : le facteur vous remet une lettre, vous ne reconnaissez pas l'écriture pour la bonne raison que l'expéditeur vous est inconnu ; donnez-vous votre acceptation à un contrat de correspondance ? Pas le moins du monde, vous acceptez simplement que le facteur vous laisse la possession d'un pli. Vous n'êtes donc pas tenu de répondre ; si la politesse vous prescrit de le faire, la loi ne vous l'impose pas. Et l'expéditeur ne pourra demander des dommages-intérêts pour inexécution du contrat.

M. Beirnaert a senti la possibilité de cette objection, et il insiste sur le fait que l'objet du contrat est, non pas l'envoi d'une seule lettre, mais l'émission de toute une correspondance⁽³⁾. Et pourtant le secret n'est-il pas dû même si l'on ne reçoit qu'une seule lettre ? Le cas est possible, à la suite d'une discussion orale par exemple.

Allons plus loin ; admettons un instant cette notion de contrat : quelle est cette condition éventuelle ? L'obligation de ne pas divulguer jouera au cas où une lettre sera confidentielle ; elle n'est pas potestative étant donné que le caractère confidentiel ne dépend pas de la seule volonté de l'expéditeur⁽⁴⁾. Actuellement, la doctrine et la Cour de Cassation considèrent que le problème du caractère confidentiel d'une lettre est une question de fait à trancher par les tribunaux ; M. Beirnaert propose

(2) Voir : Planiol, Ripert et Esmein (tome VI), n° 108, p. 133 (note 3) et 134 (note 1).

Sur le silence du destinataire d'une offre, voir note P. Voirin, *D. P.*, 1939.1.5 sous Req., 29 mars 1938.

(3) Beirnaert, *op. cit.*, p. 129.

(4) Beirnaert, *op. cit.*, p. 149.

lui aussi un critère ⁽⁵⁾ : « Une lettre est confidentielle si le but de la lettre peut être atteint sans qu'il y ait nécessité de divulgation » ; mais qui déterminera le but de la lettre ? Ce sera toujours la jurisprudence, et c'est une fois de plus la « faillite de la notion juridique des lettres confidentielles » ⁽⁶⁾. Les critères au fond ne sont que des jalons clairsemés sur une route où son flair et son instinct personnels peuvent seuls guider suffisamment l'explorateur, c'est pourquoi en dépit même des réserves, des atténuations, des modifications dont on les accompagne, les critères ⁽⁷⁾ restent malgré tout contestables, équivoques et inadéquats à l'office qu'on leur demande. Résignons-nous à remettre ce diagnostic délicat à l'appréciation souveraine des juges du fond ; à défaut d'une détermination inflexible, que repousse ici la nature même des choses, ceux-ci devront apprécier le caractère confidentiel, « beaucoup moins d'après l'opinion subjective des correspondants que suivant les idées dominantes dans le milieu social dont ils dépendent » ⁽⁸⁾.

Loin de résulter donc d'une convention entre les intéressés, la notion de lettre confidentielle ne peut se préciser que par l'interprétation des conceptions communes, des règles morales du milieu.

— Nous avons déjà repoussé la notion d'un contrat de correspondance ; nous ne pouvons concevoir une obligation de secret en découlant, sous la condition de la reconnaissance du caractère confidentiel de la lettre. Et si au lieu d'une obligation secondaire, nous faisons du secret l'objet d'une *convention principale*, nous sommes fort empêché, comme dans le premier cas, de reconnaître la réalité de la convention entre correspondants. Comment apercevoir la volonté du destinataire ? Elle ne se manifeste à peu près jamais ; comment alors la suppo-

(5) Beirnaert, *op. cit.*, p. 159.

(6) Gény, *op. cit.*, tome 1, n° 83, p. 215.

(7) Voir dans Beirnaert, *op. cit.*, p. 153 et suiv. les différentes théories concernant le critérium de la lettre confidentielle.

(8) Gény, *op. cit.*, tome I, n° 83, p. 217.

ser ? Au moment où la lettre lui est remise, le destinataire ignore ce qu'elle contient ; une fois qu'il l'a décachetée, il lui est impossible de la refuser. « Il faudrait donc imaginer une sorte de pacte général, et communément admis, en vertu duquel toute personne qui accepterait la remise d'une lettre s'engagerait par là même à adhérer aux stipulations de l'expéditeur concernant le sort de cette lettre ; en vérité pareille convention apparaît du domaine de la plus haute fantaisie » (9). Elle ne saurait en tout cas rendre compte du secret imposé aux tiers, qui ne seraient les ayant-causes d'aucun des correspondants. La théorie séduisante qui prétend faire reposer le droit privé au secret des lettres sur l'engagement volontaire des intéressés, se rattache aux excès d'un dogmatisme inconsideré, qui, en exaspérant le principe de l'autonomie de la volonté, a fini par faire éclater ses cadres (10).

92. — Théorie délictuelle (ou quasi-délictuelle).

Certains auteurs profitant de l'extension donnée par la jurisprudence à la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, ont basé le droit au secret sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Mais c'est là en somme une théorie négative.

M. Gény dans un passage de son beau livre : « Des droits sur les lettres-missives » a nettement vu le problème : de ce que le secret des lettres constitue un intérêt nettement caractérisé et qui mérite à ce titre la protection sociale, nous avons conclu, écrit-il (1) *a priori* à la justification d'un droit privé propre, destiné à représenter cet intérêt dans la sphère juridique. Cette idée mérite cependant un contrôle attentif, puisqu'elle a été

(9) Gény, *op. cit.*, tome I, n° 74, p. 197.

(10) Gény, *op. cit.*, tome I, n° 74, p. 198. — Voir n° 76, p. 201 : ce qu'on peut retenir de la théorie contractuelle.

92. — (1) Gény, *op. cit.*, tome I, n° 70, p. 183.

mise en doute notamment par MM. Valéry, Jardel et Carlova⁽²⁾.

Pour ces auteurs, l'appui d'un droit spécial paraît illusoire : ils ne prétendent pas éluder les conséquences d'ordre privé qui se déduisent du secret des correspondances ; ils maintiennent les plus notables des solutions dont ils sentent la nécessité pour la vie pratique, mais le droit au secret leur paraît manquer d'un fondement juridique acceptable.

Les textes législatifs auxquels on le rattache et qui ne sont autres que les dispositions légales ou réglementaires consacrant l'inviolabilité des correspondances, ne concernent que la circulation des lettres, aucunement l'usage qui en pourrait être fait dans les rapports des parties entre elles ou avec les tiers⁽³⁾. Cette base positive des textes mise à l'écart, il ne reste pour étayer le droit qu'une idée de morale et d'utilité, un peu vague, idée élevée et importante mais impuissante par elle-même, et à elle seule, à fonder un droit propre et qui engendre des conséquences juridiques indépendantes⁽⁴⁾.

— Aussi bien, la reconnaissance d'un tel droit n'aurait rien d'indispensable ; les résultats utiles qui peuvent paraître s'y rattacher découlent du droit commun : le destinataire d'une correspondance est maître de la lettre reçue, mais les actes de divulgation qu'il en voudrait tenter, engageraient sa responsabilité et devraient même être empêchés toutes les fois qu'ils méconnaîtraient, soit une obligation légale telle que celle du secret professionnel, soit une obligation par lui volontairement assumée en-

(2) Valéry : Des contrats par correspondance, Paris 1895. Des lettres missives, 1912.

Jardel : De la production en justice de la correspondance, Paris, 1904. La lettre missive, Paris, 1911.

Carlova : La propriété de la correspondance privée en droit civil, Paris, 1915.

(3) J. Valéry, *D. P.*, 1895.2, p. 537, col. 1-2. — Jardel (Production), n° 10, p. 6-7, n° 23-24, p. 16-19. — Lettre missive, p. 27-29.

(4) Valéry, *D. P.*, 1895.2, p. 537, col. 2. — Jardel (Production), n° 25, p. 18 ; Lettre missive, p. 10.

vers l'auteur de la lettre, ou qu'ils constitueraient un délit ou un quasi-délit (application de l'art. 1382) ⁽⁵⁾.

— Au surplus les divergences inextricables que suscite notamment, quant aux lettres méritant le caractère confidentiel, le prétendu droit au secret, les dérogations nombreuses et arbitraires qu'on est contraint d'y apporter, en condamnent le principe ⁽⁶⁾.

Ainsi la communication par lettres ne diffère pas de la conversation orale : la thèse exposée n'exclut pas toute communication de correspondance par cela seul qu'elle atteindrait le secret, mais elle admet au contraire comme légitime semblable communication, du moment qu'il n'en résulte pas violation des obligations générales ou spéciales que l'on s'accorde à tenir pour consacrées par le droit commun ⁽⁷⁾.

Que répondre à de tels arguments ?

— Sans faire état d'une jurisprudence contraire à leur théorie, nous pouvons répondre aux partisans de la théorie délictuelle que les tribunaux écartent *a priori* la lettre confidentielle des débats, dans le cas d'une production en justice ; le principe du secret s'applique donc comme une sorte d'exception avant même que le dommage ne soit causé ; nous sortons donc de l'application de l'article 1382 ⁽⁸⁾.

— Le secret des lettres, d'autre part, constitue un intérêt nettement caractérisé, car à la différence du secret des conversations dont la sociabilité générale s'accommoderait mal, le secret paraît commandé en matière de lettres missives, puisque la forme épistolaire imprime à la pensée une sorte de cachet d'intimité.

— Et surtout, nous prétendons que la théorie est négative.

(5) Valéry, *D. P.*, 1895.2, p. 537, col. 2 et p. 538, col. 1. — Jardel (Production), n° 65, p. 42 ; n° 117-123, p. 76-80 ; Lettre missive, p. 47, p. 220-224.

(6) Valéry, *D. P.*, 1895.2.537, col. 2.

(7) Voir le résumé de la théorie dans Géný, tome I, n° 70, résumé dont nous nous sommes directement inspiré.

(8) Beirnaert, *op. cit.*, p. 148.

tive : on a toujours admis que l'on pouvait produire comme preuve en justice des papiers domestiques et personnels sans se préoccuper de leur caractère confidentiel ; pourquoi faire un régime spécial lorsque ces papiers revêtent la forme de lettres ? S'il y a une raison de le faire, c'est justement cette raison que les partisans de la théorie délictuelle n'indiquent pas.

Pour que l'article 1382 puisse recevoir application, deux éléments sont indispensables : ce sont le dommage et la faute ; la faute constitue l'élément capital de la responsabilité civile, le problème est justement de trouver la faute. On est en faute lorsqu'on n'a pas agi comme on devait agir, dira le profane ; plus juridiquement, on peut dire que la faute consiste à porter atteinte à certains droits que la loi protège : droit à la vie, droit à la propriété, droit à la réputation⁽⁹⁾ ; et parmi ces droits convient-il de ranger le droit au secret ? Tel est le problème ; c'est celui de l'existence d'un droit spécial au secret⁽¹⁰⁾.

La reconnaissance d'un tel droit aurait-elle des avantages ? « Le résultat vraiment spécifique du droit privé au secret des lettres consiste en ce que le détenteur, fût-il légitime, d'une correspondance méritant le secret, ne peut en opérer une divulgation au préjudice et sans l'assentiment des personnes qui ont droit au secret et, supposé qu'il s'en avise, son entreprise pourra être arrêtée par tous moyens qu'autorise l'organisation de notre justice civile » : moyens préventifs et moyens répressifs parmi lesquels s'offre naturellement à la victime l'action en dommages-intérêts basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil⁽¹¹⁾.

(9) Demogue : *Traité des obligations en général*, vol. III, p. 371, n° 227.

(10) Gény, tome 1, n° 71, p. 188.

(11) Gény, tome I, n° 77, p. 204.

93. — Le droit au secret des lettres missives, droit extrapatrimonial.

Nous aurons à revenir sur ce problème de l'existence d'un droit spécial car à propos de chaque intérêt extrapatrimonial protégé par le Droit positif, nous nous sommes heurté à cette question et nous l'étudierons donc d'une manière générale⁽¹⁾.

Admettons, avec M. Gény, qu'il existe un droit véritable au secret des lettres missives. Les détenteurs de lettres missives ont l'obligation de ne pas en faire connaître le contenu à des tiers.

Si l'on veut rattacher le droit au secret à une catégorie générale, il faut le classer parmi les droits de la personnalité, écrit M. Gény⁽²⁾. Il y a là un droit extrapatrimonial. Le droit au secret privé se différencie des autres droits naissant aussi à l'occasion de lettres missives, et plus faciles à rattacher aux droits patrimoniaux⁽³⁾. On retrouve ici comme fond commun le droit éminent de la personne humaine et ce droit au secret des lettres missives n'est qu'un aspect du droit à l'intimité morale, auquel on ne saurait refuser, dans nos conceptions actuelles, reconnaissance juridique, à titre d'attribut nécessaire de la personne⁽⁴⁾. La source d'un pareil droit reste essentiellement la personne même, dont il garantit les aspirations profondes⁽⁵⁾.

94. — D'un droit général au secret.

Cette discussion autour du droit au secret privé des lettres missives nous amène à nous demander s'il ne faut

93. — (1) Voir 2^e partie, n° 177.

(2) Gény, tome I, n° 88, p. 226. — Dans le même sens, Picard : Les biens, n° 585.

(3) Gény, tome I, n° 89, p. 232.

(4) Gény, tome I, n° 89, p. 230-231.

(5) Comparer : Dr. Léo Pinner *Das Recht des Briefes in rechtsvergleichender Darstellung*, 1 vol. (Pays-Bas), 1938. C. R. de M. Hepp, *Rev. trim. de dr. civil*, 1938, p. 761, n° 1 ; *Annales prop. ind.*, 1937, p. 290.

pas également parler d'un droit au secret professionnel, et par suite d'un droit général au secret.

— Peut-on parler d'un droit au secret professionnel ? Dans le droit au secret privé des lettres missives, il n'y a pas d'intérêt public en jeu, il en existe un au contraire dans la protection du secret professionnel. Cette protection du secret dans la profession n'est-elle pas une institution d'ordre public ? Et n'est-elle pas protégée par un texte du Code pénal ?

Cependant, nous avons montré plus haut⁽¹⁾ que l'article 1382 du Code civil reçoit ici application, à côté de l'article 378 du Code pénal : le professionnel pourra être condamné à des dommages-intérêts envers le client, auquel il a causé un dommage par la révélation d'un fait secret, connu dans l'exercice de sa profession. Ici, un intérêt privé est bien en jeu, mais ne peut-on alors, dans cette application de l'article 1382, trouver le prétexte d'une théorie négative, qui verrait dans la protection du secret professionnel une simple application du principe de la responsabilité civile ? En matière de protection du nom, nous avons observé que l'intérêt public et l'intérêt privé sont pris tous les deux en considération : nous avons essayé de prouver que la distinction faite par certains auteurs entre la preuve d'un préjudice et celle d'un intérêt à l'action était pratiquement insoutenable⁽²⁾. On pourrait faire ici les mêmes remarques.

Ne voit-on pas enfin les tribunaux s'opposer *a priori* à la déposition d'un professionnel, ce qui est une sorte d'exception, et ceci avant même que le dommage ne soit causé ? Il y a donc plus qu'une application de l'article 1382 ; cependant, objecteront certains, cette protection est réalisée, non en vue du client, mais dans un intérêt public. C'est toute la question du droit subjectif qui apparaît, et l'on peut dire qu'en ce domaine il existerait un droit-reflet⁽³⁾.

94. — (1) Voir n° 85.

(2) Voir n° 14.

(3) Voir n° 159.

— Dans ces conditions, il paraît dangereux d'assimiler à un droit au secret privé des lettres missives, dont l'existence autonome est discutée, un prétendu droit au secret professionnel. L'essentiel pour nous est d'avoir brossé un tableau d'ensemble de la protection en droit positif de cet intérêt extrapatrimonial, que constitue le secret. Peut-on parler d'un droit général au secret ? Les philosophes du droit ont maintes fois employé cette expression⁽⁴⁾ ; ce n'est là que formule commode. Plus juridiques sont les travaux de certains auteurs allemands ou suisses⁽⁵⁾. S'il nous faut examiner le problème de très haut, nous rejetterons les théories contractuelles qui nous paraissent inacceptables.

Restent en présence une théorie négative, pour laquelle la protection du secret n'est que la pure application de l'article 1382, et une théorie originale considérant le droit au secret comme un droit extrapatrimonial : nous revenons au problème-clef des droits extrapatrimoniaux ; remarquons seulement ici que la théorie négative n'exclut pas complètement l'explication concurrente ; dans l'application de l'article 1382, en effet, il faut se demander quelle est la faute : la faute consistera à avoir porté atteinte au droit au secret, répliqueront les partisans de la théorie des droits extrapatrimoniaux. Nous sommes en présence de droits innés ; leur porter atteinte constitue une faute ; le droit au secret serait justement un droit inné.

— C'est à l'étude d'ensemble de cette question fonda-

(4) V. Boistel : Cours de philosophie du Droit, 1899, tome I, n° 143, p. 248.

(5) Gény a dans son ouvrage « Des lettres missives » (tome I, n° 89, p. 231, note 1), cité quelques auteurs allemands de premier plan : Gierke, Kohler, Regelsberger.

Signalons ici comme ayant parlé d'un droit sur la Geheimsphäre (droit au secret de la vie privée, ou de la vie professionnelle et commerciale) les auteurs suisses suivants : Specker, Egger, Curti, Hafter, Rossel, Leresche et surtout l'auteur d'une monographie sur la question Hans Giesker : *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre*, Thèse Zürich, 1904.

Voir références bibliographiques dans la thèse de M. Regamey : *La protection de la personnalité en droit civil*, Lausanne, 1929, p. 23, 8°.

mentale que nous renvoyons⁽⁶⁾ : l'étude du secret nous aura permis d'apercevoir comment se pose le problème, et ceci d'une manière particulièrement nette.

Nous concluons que le secret privé des *lettres missives* constitue un intérêt extrapatrimonial, de même que le besoin d'intimité en général, mais une première constatation s'impose : tous les intérêts extrapatrimoniaux ne sont pas garantis. Certains seulement sont protégés parce que cette protection répond à une attente de la société. Il faut alors se demander si l'on se trouve en présence d'un droit individualisé ou d'une « action réflexe juridique »⁽⁷⁾. Un droit ne nous est pas conféré toutes les fois que la protection d'un intérêt extrapatrimonial est assurée.

SECTION 3

LE DROIT A L'HONNEUR

95. — Position du problème. Plan.

Le droit à l'honneur est une de ces expressions communes, couramment employées⁽¹⁾ : aussi avons-nous donné cet intitulé à notre section. Cependant, après avoir étudié la protection par le droit positif de cet intérêt extrapatrimonial dans la vie privée (sous-section I), puis dans le cadre professionnel (sous-section 2), nous aurons à nous demander en conclusion s'il existe véritablement un droit à l'honneur ou si l'expression n'a justement pour mérite que la commodité.

(6) Voir n° 163.

(7) L'expression est de M. Demogue : *Notions fondamentales*, p. 363.

95. — (1) Voir Boistel : *Cours de Philosophie du Droit*, tome I, p. 241 et aussi n°s 134-138.

SOUS-SECTION 1

LA DEFENSE DE L'HONNEUR DANS LA VIE PRIVEE

96. — La notion d'honneur et le droit pénal. Division.

La notion d'honneur varie avec les époques et les usages ⁽¹⁾, mais dans tout groupement d'individus, existe un sentiment d'honneur.

Le droit pénal touche souvent au sentiment d'honneur ; les peines humiliantes ont joué un rôle considérable dans le développement de notre droit pénal : il suffit d'évoquer la marque, le carcan, l'exposition publique, la réparation d'honneur imposée par les art. 226 et 227 du Code pénal et qu'a supprimée la loi du 28 déc. 1894 ⁽²⁾. Ces peines ont disparu du droit positif ; l'admonition du Code pénal italien de 1889 a disparu du Code de 1930 : cependant le projet allemand du III^e Reich crée sous le nom d'Achtung une peine flétrissante, perpétuelle, qui peut être attachée par le juge à la peine de mort et à la réclusion de cinq ans au moins : elle est l'objet d'une proclamation solennelle ⁽³⁾.

Il existe cependant en droit français une peine humiliante ; c'est la publicité de la condamnation par voie d'affiches ou d'insertions dans les journaux ; il s'agit de la publicité imposée à titre de peine par la loi elle-même dans certains cas expressément prévus par elle ; il faut la distinguer de la publicité *volontaire* et *d'initiative privée* par voie de la presse, réglementée par les art. 39-41 de la loi du 29 juillet 1881, application du principe de la publicité de la justice, de la publicité *mesure de réparation*

96. — (1) Cf. : E.-H. Perreau : Du rôle de l'habitude dans la formation du Droit privé, *Rev. trim. de Droit civil*, 1911, p. 270. — Voir également : Perreau : Courtoisie, Complaisance et Usages non obligatoires devant la Jurisprudence, *Rev. trim.*, 1914, p. 485 (et note 5), 487.

E. Sandoz, De la protection du point d'honneur devant les tribunaux. *Th.* Paris 1897, p. 3-22.

(2) Donnedieu de Vabres, : Tr. élém. de Droit criminel et de Législation pénale comparée, Paris, Sirey, 1937, p. 404, n° 671.

(3) Rieztsch : Das kommende deutsche Strafrecht, p. 99. Voir Donnedieu de Vabres, la politique criminelle des états autoritaires, Sirey, Paris, 1938, p. 125.

ordonnée par le juge, enfin de la publicité *mesure de police* prescrite par l'art. 1036 du Code de procédure civile dans des cas très spéciaux (4).

La publicité de la condamnation pénale envisagée comme un mode de réparation, est laissée à la discrétion du juge qui peut toujours l'ordonner d'après la jurisprudence en sus ou à la place d'une réparation en argent ; elle intervient, naturellement, surtout à la suite des procès en diffamation (5). D'autre part, si la publication d'un jugement est en principe toujours permise (6), il faut apporter deux restrictions à cette règle : la loi du 22 juillet 1912, art. 19, alin. 5 concernant les mineurs, dispose que lorsqu'un jugement émane d'un tribunal pour enfants, le nom du mineur ne doit pas être publié, il ne sera désigné que par une initiale ; il faut aussi faire sa place à la théorie de l'abus des droits : il n'est pas permis de publier un jugement répressif concernant une personne dans le seul but de lui causer un préjudice.

Les peines privatives de droits interviennent pour compléter le régime de la peine principale (interdiction légale, double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit) ou succèdent à la peine principale (dégradation civique, interdiction de certains droits civils, civiques et de famille) ; il existe d'autre part des incapacités et déchéances résultant de lois spéciales, notamment des incapacités d'ordre professionnel : loi du 30 nov. 1892, art. 25, loi de 1917 sur l'ivresse publique, modifiée par celle du 20 déc. 1933, loi du 19 juin 1930 et lois postérieures portant interdiction de l'exercice de la profession de banquier aux individus frappés de certaines condamnations et aux

(4) Garraud et Laborde-Lacoste : Précis élém. de Droit pénal, 3^e éd., 1937, p. 149, n° 268. — Cons. Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, n° 180, p. 364 et 365. — B. Perreau : De l'affichage des décisions judiciaires et de leur publication par la voie de la presse, *Th. Paris*, 1921. — V. note Fréjaville, *D. P.*, 1933.1.97 sous *Crim.*, 23 fév. 1933.

(5) *Crim.*, 17 juin 1892, *S.*, 93.1.277 ; 8 août 1919 ; *Gaz. Pal.*, 31 oct. 1919 ; 17 juin 1922, *S.*, somm., 1922.1.78.

(6) Voir : *Trib. comm. Seine*, 24 janv. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.1.673.

faillis non réhabilités (7), articles 4 et 5 du décret-loi du 12 nov. 1938, pris en vertu de la loi du 5 octobre 1938, portant statut des délégués du personnel (8). Ces peines privatives de droits, ces incapacités ou déchéances sont des mesures atteignant au moins indirectement l'honneur de l'individu, sa position dans la société (9).

Le pourvoi en révision aboutit à une restitution de l'honneur s'il réussit à faire tomber la condamnation rendue sur une erreur de fait. Enfin, la réhabilitation, cause d'effacement de la condamnation, fait cesser pour l'avenir les incapacités et déchéances, et de même l'amnistie.

Quels sont les modes de *protection* du sentiment d'honneur en droit français ? Le droit positif, voulant assurer la paix sociale, cherche à réprimer toute atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes (10). « Le plus caractéristique et si l'on peut dire, le plus pur de tout alliage (des droits de personnalité) est le droit à l'honneur, dont la sanction expresse n'est autre que la répression pénale et civile de la diffamation », écrit M. Bérard (11), et il est incontestable que nous trouvons dans les textes du droit pénal les sanction directes des atteintes portées à l'honneur.

C'est ainsi que la loi du 29 juillet 1881 prévoit les délits

(7) Cf. : P. Garraud : *Sem. jurid.*, 25 janv. 1931 ; J.-P. Lacoste : L'interdiction par la loi pénale de la profession de banquier, Paris, Sirey, 1936. — Lebrun : L'interdiction d'exercer une profession privée, *Rev. Int. de Droit pén.*, 1938, p. 250 et suiv.

(8) *J. O.* des 12-13 nov. 1938, p. 12.876.

(9) Sur la suppression du *jus honorum* comme sanction possible de l'obligation du vote, voir : Barthélemy et Duez, *Tr. de Droit constitutionnel*, p. 343.

(10) A titre de simple exemple, cf. : Trib. correct. Seine, 12^e Ch., 12 janvier 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.1.583 : une jeune femme, mannequin dans une importante maison de couture, s'était jugée diffamée par un magazine, dans lequel avait paru sa photographie accompagnée d'une légende ironique ; le fait de dire d'un mannequin qu'elle est plate, maigre, que le peu de chair qu'elle a est « sans fierté », constitue une atteinte à la considération professionnelle.

(11) Léon Bérard : Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté, *Th. Paris*, 1902, p. 183.

de *diffamation* (c'est-à-dire toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé), *d'injure* (c'est-à-dire toute expression outrageante, un terme de mépris ou une injective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait); l'art. 373 Cod. pén. punit celui qui a porté contre autrui à l'autorité compétente une *dénonciation* jugée *calomnieuse* ⁽¹²⁾ ; le délit de *chantage*, c'est-à-dire la menace de révélations ou d'imputations diffamatoires pour obtenir soit l'apposition d'une signature, soit la remise d'un titre ou de fonds, est prévu par l'art. 400, Cod. pén., modifié par le décret du 16 juillet 1935.

Nous n'étudierons évidemment pas ces questions, pour lesquelles nous renvoyons aux ouvrages classiques de droit pénal. Il serait cependant intéressant, mais hors de notre cadre, de comparer les décisions de jurisprudence pour essayer de dégager une notion juridique de l'honneur.

Le sujet étant ainsi limité, nous étudierons en un paragraphe 1^{er} la protection de l'honneur assurée par le droit pénal et la loi sur la presse, sous la forme de trois questions précises : 1° celle du droit de réponse, prévu par l'art. 13 de la loi du 29 juillet 1881 ; 2° celle de la répression des atteintes portées à l'honneur d'une collectivité, non personne morale ; 3° celle du mobile d'honneur en droit pénal. En un paragraphe 2, nous nous occuperons de l'application de l'art. 1382 Code civil, au cas d'atteinte à l'honneur.

Paragraphe 1

LA PROTECTION DE L'HONNEUR EN DROIT PENAL

97. — Le droit de réponse.

Toute personne désignée dans un journal peut faire

(12) Cf. : Girard : De la dénonciation calomnieuse, *Th. Alger*, 1936, note O. Dupont, *S.*, 1938.2.129, sous Trib. correct. Rouen, 9 déc. 1937.

publier sa réponse : le gérant doit l'insérer ⁽¹⁾ dans les trois jours (dans le numéro qui suit le surlendemain, si le journal n'est pas quotidien), à la même place et dans les mêmes caractères que l'article primitif ; en période électorale, le délai d'insertion de la réponse est plus restreint (voir art. 13, § 9). La réponse est limitée à la longueur de l'article qui l'a provoquée, et les paragraphes 4 et 5 de l'art. 13 prévoient le nombre de lignes que pourra atteindre l'article en réponse. Dans tous les cas, le droit de réponse se prescrit par un an.

Le droit de réponse est-il absolu ? Notre jurisprudence reconnaît à cette prérogative une intensité maxima : le droit de réponse apparaît comme un « droit absolu, souverain, non causé, qui puise sa justification dans la parution de l'article incriminé », écrit M. le doyen Josserand ⁽²⁾, lequel critique d'ailleurs la conception jurisprudentielle. La Chambre criminelle de la Cour de Cassation vient, dans deux arrêts récents, de persévérer dans sa théorie traditionnelle : « Le droit de réponse est général et absolu ; celui qui l'exerce est seul juge de la teneur et de l'utilité de sa réponse et l'insertion ne peut être refusée qu'autant qu'elle est contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'intérêt légitime des tiers ou à l'honneur du journaliste lui-même » ⁽³⁾ ; et à propos de la vivacité de la réponse, elle ajoute ⁽⁴⁾, « si les juges du fond peuvent prendre en considération la nature de l'attaque et les besoins de la défense pour rechercher si la vivacité de l'attaque excuse celle de la défense, leurs appréciations en cette matière relèvent du contrôle de la Cour de Cassation ». Ainsi le

97. — (1) Pour l'exercice du droit de réponse, il suffit d'avoir été désigné en fait, depuis l'arrêt Lamour (Crim., 15 déc. 1934, *D. P.*, 1935.1.27, note Nast), même si l'article auquel on répond ne cherchait pas à vous désigner.

(2) Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, *Dalloz*, 1927, n° 166, p. 211. — Cf. : note Nast, *D. P.*, 32.1.68, sous Crim., 28 avril 1932.

(3) Cass. crim., 2 février 1938, *D. H.*, 1938, p. 245 ; *Sem. Jurid.*, 1938, p. 833 (f. blanches).

(4) Cass. crim., 10 mars 1938, *D. H.*, 1938, p. 341 ; *Sem. Jurid.*, 1938, p. 833.

défaut de rapport entre l'article incriminé et la réponse peut être une limitation à l'exercice du droit de réponse, à côté de celles mentionnées plus haut, mais la Cour de Cassation se réserve de contrôler les appréciations des juges du fond.

D'autre part, on ne peut admettre qu'un quelconque individu impose une réponse sous prétexte qu'il a été désigné dans un article. Si le périodique refuse d'insérer la réponse, c'est le tribunal qui devra en définitive arbitrer le conflit ; il devra reconnaître dans l'article incriminé la désignation du plaignant, puis analyser la réponse que l'on a refusé d'insérer et se demander si elle contient des mentions contraires à la loi ou aux bonnes mœurs ou de nature à porter atteinte à l'honneur du journaliste.

Que veut dire alors la Cour de Cassation lorsqu'elle affirme le caractère absolu du droit de réponse ? Si la personne a été vraiment désignée et a demandé l'insertion d'une réponse mesurée, les juges ne devront pas rechercher si en fait, l'article incriminé a causé un préjudice : il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier l'utilité d'une réponse, du moment qu'il s'agit d'une vraie réponse et qu'elle ne contient en soi rien d'illicite ⁽⁵⁾. C'est en ce sens que le droit de réponse est dit absolu.

En vérité, la question ne présente de difficultés qu'en matière de critique littéraire ou historique ⁽⁶⁾ ; les savants sont friands de polémiques et les hommes de lettres également ; c'est d'ailleurs à propos d'un article de critique littéraire que les juristes, dans l'affaire Silvain-Jaubert contre Doumic ⁽⁷⁾ eurent à préciser leur point de vue. On peut se demander en effet si, quand il s'agit de critiques d'ordre littéraire, le droit de réponse reste général et ab-

(5) Planiol, Ripert et Esmein (tome VI), n° 577, p. 791 (f) et notes.

(6) Cf. : Pierre Martin : Le droit de réponse et de critique en matière littéraire, dramatique et artistique, *Th. Dijon*, 1922, p. 19. — Marcelle Azéma : De la responsabilité civile de l'écrivain, *Th. Bordeaux*, 1935, p. 169 et suiv.

(7) Paris, 24 nov. 1922, *D.* 1922.2.129 ; S., 1923.2.17, note Hugueney. — Civ., 21 mai 1924, *D.* 1924.1.97, note L. Jossierand.

solu, c'est-à-dire, susceptible de s'exercer contre toute critique et même contre une critique sérieuse et mesurée. La Cour de Cassation n'a jamais admis de limitation au caractère absolu de ce droit.

En matière de critique historique, au contraire, le droit de réponse reste général, mais n'est plus absolu : la loi du 29 sept. 1919 a modifié l'art. 34 de la loi de 1881 et la Cour de Cassation n'accorde le droit de réponse aux héritiers, par interprétation de ce texte, que dans le cas où la publication incriminée présente les caractères du délit de diffamation et seulement lorsque les imputations diffamatoires ont été faites dans l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants⁽⁸⁾. Le droit de réponse apparaît alors comme un droit relatif. Mais cette dernière décision rendue en matière historique pour la seule critique des morts ne semble pas devoir être généralisée, en l'état actuel de la jurisprudence. Si le droit de réponse reçoit certaines limitations devenues de style, il reste vrai de dire cependant que ce droit est absolu.

On a beaucoup discuté du fondement de ce droit de réponse ; diverses opinions ont été soutenues : doit-on le considérer comme une sanction répressive, c'est-à-dire une peine, un genre spécial de réparation, ou comme une sanction préventive, c'est-à-dire un moyen de défense ?

Ce que nous venons de dire de son caractère absolu nous interdit de considérer le droit de réponse comme une sanction civile en réparation du préjudice causé : il est peut-être une sanction, il est certainement plus qu'une sanction. La possibilité du droit de réponse est subordonnée en matière de critique historique à l'existence d'un délit de diffamation, il ne faut pas en conclure que le droit de réponse procède ici de l'idée de réparation : la jurisprudence a limité l'exercice de ce droit de réponse.

(8) Cass., 28 déc. 1933, *D. H.*, 1934, p. 70, de Dompierre c/ Guy de Valous.

afin d'assurer la liberté de la critique historique, à l'égard des hommes illustres, qui sont entrés dans l'histoire. Il y a en tout cas un affaiblissement du droit de réponse par la mort ⁽⁹⁾.

Le droit de réponse procède de l'idée de défense, et cette opinion est adoptée par des décisions jurisprudentielles et de nombreux auteurs ⁽¹⁰⁾. C'est là une prérogative extra-patrimoniale qui peut être rapprochée de la légitime défense de la personne : à une attaque dans la presse ⁽¹¹⁾, la loi permet de répondre par ce moyen de défense, mais elle exige que la défense soit légitime, c'est-à-dire non contraire à la loi, ou aux bonnes mœurs et surtout en rapport avec l'attaque ⁽¹²⁾.

98. — Protection contre les atteintes portées à l'honneur des collectivités n'ayant pas la personnalité morale.

Aux termes des articles 30, 31, 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881, les personnes ou corps protégés par la loi contre la diffamation et l'injure sont les personnes publiques collectives (cours, tribunaux, armée de terre ou de mer, corps constitués, administrations publiques), les personnes remplissant une fonction publique, les particuliers; sont considérés comme de simples particuliers aux termes de l'article 32 les individus (autres que ceux mentionnés dans les art. 30 et 31), et aussi les collectivités qui ne sont pas personnes publiques, mais qui ont la personnalité morale (sociétés commerciales, syndicats, associations autorisées).

(9) Voir n° 201 (t. et note 6).

(10) Fabreguette : *Traité des infractions de la parole et de la presse*, Paris, 1901, tome I, p. 172. — Barbier, Matter et Rondelet : *Code expliqué de la presse* (2^e édit.). — Perraud-Charmantier : *Le droit de réponse*, 1925. — Note Jossierand, *D.*, 1924.1.99, sous Civ., 21 mai 1924. — Cf.: note Lalou, sous Paris, 15 janvier 1932 et 22 mars 1932, *D. P.*, 1932.2.119.

(11) Le droit de réponse n'existe pas en matière radiophonique, note Marcel Nast, *D. P.*, 1930.2.155, sous Paris, 27 novembre 1929 ; cf. : *Rev. trim.*, 1929, p. 427, n° 10 bis.

(12) Comp. Trib. Seine, 3 mai 1909, *Gaz. Pal.*, 1909.2.786 : une personne peut arracher une affiche qui l'injurie.

« Si la diffamation est dirigée contre une collectivité, une distinction s'impose : ou les imputations sont dirigées de telle façon que chaque personne composant la collectivité en soit atteinte ; chacune peut poursuivre le diffamateur, ainsi l'allégation que tous les membres d'une congrégation se sont dérobés au service militaire ; ou au contraire la collectivité seule est visée sans que les membres soient personnellement atteints ; ils ne peuvent pas agir : ainsi l'allégation que les membres de l'enseignement primaire dédaignent de s'occuper de l'éducation des enfants pour se consacrer aux questions corporatives. Seule la collectivité a le droit d'exercer des poursuites si elle a la personnalité morale » (1).

Nous envisagerons seulement ici l'hypothèse d'une atteinte portée à l'honneur d'une collectivité qui n'est pas une personne publique et n'a pas la personnalité morale. Il nous faut signaler à ce propos un arrêt récent de la Cour de Cassation, très discutable, semble-t-il.

Le bulletin « l'Emancipation » avait publié un soi-disant catéchisme rectifié où les évêques étaient définis des « receveurs des finances, chargés de centraliser les fonds recueillis par les garçons de recettes disséminés dans toutes les bourgades », et les prêtres « des sortes de magots affublés d'une houppelande noire et qu'on nomme pour cette raison des corbeaux... marqués d'une estampille au sommet du crâne et qui ont pour mission de recueillir beaucoup d'argent, en distribuant un peu de poudre de perlimpinpin ». L'évêque de Laval et le syndicat ecclésiastique de la Mayenne avaient porté plainte pour injures et s'étaient constitués partie civile ; le gérant poursuivi fut condamné par la Cour d'Angers à verser une certaine indemnité à titre de dommages-intérêts, mais une amnistie survenue entre temps empêchait de prononcer une peine (2).

98. — (1) F. Goyet : Précis de Droit pénal spécial, 3^e éd., p. 341 c.) ; voir : Michoud, *op. cit.*, t. II, n° 215-216.

(2) C. rendu : *Rev. de Sc. crim. et de Droit pén. comp.*, 1937 ; chronique de jurisprudence, par M. Hugueney, p. 692.

Sur le pourvoi du condamné, la Chambre criminelle a cassé l'arrêt d'Angers (3), pour deux raisons :

1° Une raison de procédure : la partie civile, dit la Cour de Cassation, n'a pas en l'occurrence qualité pour agir ; mais si l'on peut objecter que les individus ne justifient pas d'un préjudice direct, comment concevoir l'argument vis-à-vis d'un syndicat qui aux termes de la loi de 1920, peut exercer tous les droits réservés à la partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente ? (4).

2° Une raison de fond : *l'infraction même n'est pas constituée*, dit la Cour de Cassation ; si la démonstration est relativement facile à faire au regard de la diffamation, elle l'est beaucoup moins vis-à-vis de l'injure. Qui était attaqué ? Non pas la religion catholique, mais une personne, mais un corps.

« La vérité, conclut M. Hugueney, c'est qu'effrayée du

(3) Cass. crim., 9 avril 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.2.123.

(4) Il est évident qu'un groupe sans personnalité ne peut agir en réparation d'un préjudice collectif : ses membres conservent intacts leurs droits de demander réparation du dommage individuel qui leur est causé. C'est en matière de diffamations ou injures que les espèces sont les plus fréquentes. En ce qui concerne l'action en responsabilité exercée devant les juridictions civiles par les membres d'un groupe diffamé, il n'est aucune raison de déroger au principe : les faits diffamatoires imputés à la collectivité retombent en effet sur chaque membre ; lorsque, au contraire, l'action civile est exercée devant la juridiction répressive saisie de la diffamation ou de l'injure, elle doit être rejetée par le tribunal répressif, estime la Cour de Cassation, celui-ci n'étant compétent pour connaître de l'action civile que si la faute génératrice du dommage constitue une infraction. Mais cette jurisprudence a seulement pour effet d'empêcher les membres de la collectivité de porter devant les tribunaux répressifs l'action en réparation du préjudice qui leur est personnellement causé par la diffamation adressée à la collectivité (voir H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. II, 3^e édit., 1939, n° 1898, 4°, 5° et 6°).

L'arrêt du 9 avril 1937 pourrait donc s'expliquer à la rigueur si un prêtre isolé s'était constitué partie civile, mais il est d'autant plus contestable que le droit d'intenter une action en responsabilité appartient sans aucun doute aux syndicats professionnels régulièrement constitués : le syndicat a le droit d'agir lorsque le dommage rejaillit sur l'ensemble de la profession ; ainsi en est-il des diffamations ou injures qui portent atteinte à la considération de la profession (cf. H. et L. Mazeaud, t. II, n° 1883, note 1, p. 810).

débordement des actions individuelles et collectives auxquelles la faiblesse de l'Etat donne carrière, la Cour Suprême tant bien que mal s'applique à refouler celles qui lui paraissent de nature à compromettre plutôt qu'à servir la paix sociale ». Nous sommes, dirons-nous, dans le domaine de l'arbitraire plus que dans le cadre des prescriptions juridiques. C'est le maintien d'une jurisprudence dont M. Tortat a souligné les faiblesses ⁽⁵⁾.

Le légitime souci de justice distributive qui ressort de l'étude de la jurisprudence doit conduire à un examen minutieux des espèces ; à la vérité, note M. Pierre Mimin ⁽⁶⁾, plus est vaste le groupe attaqué, plus il devient difficile de croire que tels membres de ce groupe sont indirectement désignés et par voie de conséquence plus leur action en justice sera vouée aux aléas. Mais quand les diffamations sont dirigées contre des groupes de moindre envergure, la désignation indirecte d'une personne (individu ou personne morale) est bien plus probable. L'espèce que commentait M. Mimin était la suivante : l'article d'un journal imputait à un autre journal d'avoir mis sa publicité à la disposition d'un escroc ; il n'était besoin ni de faire un excessif effort ni de solliciter le texte pour prouver qu'en attribuant au journal des complaisances de cet ordre, on diffamait à travers le journal une personne : la société propriétaire du journal ; celle-ci personne juridique, a pu être reçue en son action.

Chaque fois que des diffamations sont émises contre des groupements ou collectivités qui n'ont pas la personnalité morale, il faut selon nous rechercher si, indirectement mais nécessairement, des personnes du groupe ne se trouvent pas en même temps désignées, et dans l'affirmative, accueillir leur action ; mais, suffira-t-il d'être désigné en fait, alors que l'intention diffamatoire est un élé-

(5) Cass. crim., 22 novembre 1934, note S., 1936.1.209. — Voir : note Nast, *D.*, 1936.1.27.

(6) Note sous Crim., 10 juillet 1937, *D. P.*, 1938.1, p. 42 et suiv., col. 1, p. 43.

ment du délit ? Le droit criminel, répond M. Mimin (7), nous enseigne qu'il y a un homicide volontaire quand voulant tuer et visant une personne, le meurtrier en a atteint et tué une autre, et deux homicides, si le meurtrier les tue l'une et l'autre. Le délit de diffamation sera donc constitué, bien que le diffamateur n'ait pas eu l'intention de porter atteinte à l'honneur de la personne physique ou morale qui a été indirectement désignée dans les allégations malveillantes ; celle-ci pourra donc engager des poursuites contre le diffamateur (8).

99. — Le mobile d'honneur en droit pénal. Répression du duel.

Notre Droit pénal ne connaît pas de disposition atténuant la peine dans le cas où elle sanctionne une infraction commise pour satisfaire un sentiment d'honneur. D'après l'article 62 du Code pénal italien de 1930, au contraire : « Atténuent l'infraction... les circonstances suivantes consistant dans le fait : 1° d'avoir agi pour des motifs d'une valeur morale ou sociale particulière... »

Il appartient au juge de discerner ces mobiles et d'en tenir compte. Le texte ne comprend pas expressément le motif d'honneur : celui-ci dans les cas d'infanticide (art. 578), d'avortement (art. 551), d'homicide et de lésions personnelles (art. 587), d'abandon du nouveau-né (art. 592), peut être invoqué comme circonstance atténuante spéciale ; mais le mobile d'honneur rentre certainement dans la classification des motifs visés au texte (1).

En Droit français, le juge ou les jurés peuvent tenir compte du mobile d'honneur pour accorder des circonstances atténuantes.

(7) Note sous Crim., 10 juillet 1937, *D. P.*, 1938.1.42 (col. 2).

(8) Voir : la note 3 du n° 100, à propos de l'action civile des groupements lésés.

99. — (1) Code pénal du Royaume d'Italie. trad. Pierre de Casabianca, Office de Législation étrangère et de Droit international, Paris, 1932, p. 46, sous l'article 62. — Paul Angyal, Le tragique et le droit pénal, *Giustizia penale*, I, juin 1938 (C. R. dans le n° 1, 1939, de la *Rev. de Sc. Crim. et de Dr. pénal comp.*, p. 126).

— A cette question du mobile d'honneur se rattache le problème de la répression du duel ⁽²⁾. De 1818 à 1829, sous l'impulsion du procureur général Merlin, on se prononçait pour l'impunité du duel ⁽³⁾ ; à partir de 1837, la Cour de Cassation se **décida en sens contraire**, sous l'influence du procureur général Dupin ⁽⁴⁾.

Non seulement les duellistes sont punis, mais encore les témoins en tant que complices ; selon l'issue du duel, ils sont complices de meurtre ou de coups et blessures ; mais la pratique judiciaire est loin d'être satisfaisante dans ses effets : devant la Cour d'assises, l'acquittement intervient presque toujours ; devant le Tribunal correctionnel, les duellistes ou leurs complices sont condamnés.

Il faudrait, à l'exemple de certaines législations étrangères, établir un droit spécial concernant le duel : citons notamment le Code pénal italien de 1930 (art. 394 et suiv.). L'article 397 prévoit l'application des peines ordinaires dans diverses circonstances, et on peut voir dans cette énumération une réglementation indirecte du duel :

1° Si les conditions du combat n'ont pas été préalablement établies par les parrains ou seconds ou bien si le combat n'a pas lieu en leur présence ; 2° si les armes employées dans le combat ne sont pas égales et ne sont pas des épées, des sabres ou des pistolets également chargés, ou bien si ce sont des armes de précision ou à répétition ; 3° si dans le choix des armes ou dans le combat, est commise une fraude ou une violation des conditions établies ; 4° s'il a été expressément convenu ou bien s'il résulte du genre de duel, ou de la distance entre les combattants ou des autres conditions fixées, que l'un des duellistes devait être tué.

(2) Voir n° 187 : le duel pose aussi le problème de la valeur du consentement de la victime comme fait justificatif d'une infraction.

(3) Merlin : Répertoire et quest. de Droit, voir : Duel, Cass. Ch. réunies, 4 décembre 1824 et 8 août 1828, *Sir. chron.* — Voir : à propos du duel sous l'ancien régime, la thèse de M. Pierre Chaignon, Rennes, 1936.

(4) Cass. ch. réunies, 15 décembre 1837, *S.*, 1838.1.5. — Cf. : Sandoz, *op. cit.*, p. 343.

La fraude ou la violation des conditions fixées pour le choix des armes ou pour le combat est retenue à la charge, non seulement de celui qui en est l'auteur, mais même de celui des duellistes, des parrains ou des seconds qui en ont eu connaissance avant ou pendant le combat ⁽⁵⁾.

Paragraphe 2

L'HONNEUR ET LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE CIVILE

100. — Application de l'art. 1382. Plan.

En cas d'atteintes à l'honneur ou à la considération, les tribunaux consacrent le principe de la réparation du préjudice moral. Les arrêts qui statuent sur cette matière sont nombreux et si différents qu'il est assez difficile de les classer ⁽¹⁾. Au surplus, nous renverrons sur ce point aux ouvrages consacrés spécialement à la réparation du préjudice moral ⁽²⁾ et à la jurisprudence ⁽³⁾.

(5) La personne offensée et l'offenseur, lorsque l'offense consiste dans l'attribution d'un fait déterminé, peuvent, d'accord, avant que soit prononcée une sentence irrévocable, déférer à un jury d'honneur le jugement sur la vérité dudit fait (art. 596). La procédure du jury d'honneur est réglée par un décret royal du 28 mars 1931 ; cf. : Références bibliographiques, *Rev. Sc. Crim.*, 1937 (bibliographie italienne), p. 726.

100. — 1) *Comp. Req.*, 13 mai 1908, *Gaz. Pal.*, 1908.2.70, le médecin qui, dans le certificat d'internement d'un malade, parle de son frère dégénéré, peut être condamné à des dommages-intérêts ; Paris, 21 octobre 1902, *D. P.*, 1903.2.121, note Claro, une personne refuse de bénéficier d'une souscription publique faite en sa faveur, la souscription est réalisée malgré son refus : la personne réclame la publication du jugement de condamnation comme réparation du préjudice moral subi ; Rennes, 13 décembre 1904, *D. P.*, 1905.2.430, responsabilité du maire qui fait enterrer une suicidée dans le coin aux chiens ; Trib. civ. Seine, 1^{er} juillet 1896, *D. P.*, 1899.2.52, envoi de prospectus obscènes, etc Trib. civ. Seine (6^e Ch.), 4 juillet 1938, *Gaz. Trib.*, 16 fév. 1939 (propos attribués à un membre du jury d'une exposition canine).

(2) Cf. : Dorville, *op. cit.*, p. 90 ; Baleston, *op. cit.*, p. 34 ; Ganot : La réparation du préjudice moral. *Th. Paris*, 1924, p. 140 ; F. Givord, *th. citée*, p. 44 et suiv.

(3) Nous laissons volontairement de côté le problème de la détermination des personnes morales ayant droit à la réparation du préjudice moral, et celui de la défense de leurs intérêts moraux ; cons. Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, n° 661 à 667 ; Michoud, *op. cit.*, t. II, n° 215-216 et n° 260 (chap. 9 : le droit d'ester en justice) ; Givord, *thèse*

On a pu rattacher à cette protection de l'honneur les décisions relatives au nom patronymique ou au portrait ⁽⁴⁾ ; il convient aussi de rappeler et c'est ce que nous ferons dans ce paragraphe, les décisions de jurisprudence relatives à la responsabilité civile qui ont été rendues soit dans le cas de renseignements fournis officieusement sur des tiers, soit à propos des droits du critique, ou du romancier.

101. — De la responsabilité dans le cas de renseignements fournis officieusement sur des tiers.

La liberté de la pensée et de l'expression n'implique pas celle de sa publication, lorsque celle-ci est de nature à nuire à autrui, sans être nécessaire à la défense de celui qui la fait : la publication dommageable, alors même qu'elle ne constitue pas une diffamation entraîne responsabilité civile, quand les faits sont inexacts, au su de celui qui les publie, quand ils sont publiés dans des conditions déloyales ; il faut même aller plus loin et rendre responsable en principe celui qui publie des faits relatifs à la vie privée d'autrui ⁽¹⁾. Nous verrons ⁽²⁾ que le critique a un peu plus de liberté.

Mais existe-t-il une responsabilité pour avoir communiqué sans publicité certains renseignements ? Nous laissons bien entendu de côté la responsabilité possible de l'informateur à l'égard de l'interrogateur ; le problème est alors de savoir si le fondement de cette responsabilité est délictuel ou contractuel ; il faut d'autre part distinguer l'informateur officieux de l'informateur salarié, de l'agence de renseignements ⁽³⁾. Seule nous retiendra ici

citée, n° 113 et suiv., p. 175 ; H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. II, n° 1878 et suiv., p. 792 et suiv., 3^e édit., 1939.

Voir, à propos de l'action civile : P. Garraud et L. L. Précis, 3^e édit., 1937, p. 366, n° 685 et suiv. ; Donnedieu de Vabres, *Traité, Sirey*, 1937, n° 1103, p. 651 ; Ripert : *La Règle morale*, n° 184, p. 376.

(4) L. Bérard, *op. cit.*, p. 183.

101. — (1) Planiol, Ripert et Esmein (t. VI), n° 587, p. 802, 803 et notes.

(2) Voir n° 102.

(3) Cf. : Jacques Berthelot : *De la responsabilité civile en matière de renseignements fournis officieusement sur des tiers*, *Th. Caen*, 1934, p.

la responsabilité civile de l'informateur envers le tiers enquêté; personne ne conteste que la responsabilité encourue par l'informateur soit de nature délictuelle; il y a application pure et simple de l'article 1382.

Quelles sont donc les conditions requises pour que l'informateur soit responsable? Elles sont au nombre de deux: une faute a été commise, un préjudice a dû être causé aux tiers (et nous ne nous occuperons que des cas où un préjudice moral a été causé); les renseignements donnés ont atteint la réputation, l'honneur, ou la considération de celui qu'ils concernent. Pour assurer la protection de ces sentiments de dignité et d'honneur, que de distinctions subtiles à établir! d'une part il faut éviter certains procès « intéressés »; d'autre part, l'individu ne peut être déclaré responsable du préjudice moral causé par les propos qu'il a tenus dans la conversation, sinon la vie en société serait rendue impossible.

Il faut avec la jurisprudence distinguer deux cas, selon que les renseignements sont exacts ou inexacts, et tenir compte de la bonne ou mauvaise foi de l'informateur:

1° Les renseignements sont inexacts; deux attitudes sont possibles de la part de l'informateur: il peut avoir agi de mauvaise foi et il est alors évidemment responsable du préjudice causé intentionnellement. S'il a agi sans intention de nuire, doit-on prendre en considération sa bonne foi? Quelle que soit la justesse de certaines critiques doctrinales ⁽⁴⁾, la jurisprudence a une tendance à tenir compte de cet élément intentionnel, et les tribunaux mettent en relief dans leurs jugements la mauvaise foi de l'informateur. Cependant, des renseignements inexacts peuvent entraîner une responsabilité, s'ils ont été recueillis avec légèreté ou présentés comme sûrs, alors qu'il y avait lieu de les suspecter, à raison de la difficulté de s'en

16 et suiv. — Sur la pratique des renseignements en matière bancaire, voir: A. Sacker, *op. cit.*, p. 23 et suiv., et sur la responsabilité du banquier qui peut en résulter, cf.: Req., 21 juin 1937, *D. P.*, 1938.1.28, avec une note de M. Mimin.

(4) Berthelot, *op. cit.*, p. 74-78.

procurer, de l'insuffisance de l'enquête ou du manque de soin avec lequel elle a été faite ⁽⁵⁾.

2° Les renseignements sont exacts ; en principe, quand il donne des renseignements exacts, l'informateur ne peut encourir de responsabilité puisqu'il ne commet pas de faute ; cette règle n'est toutefois pas inattaquable ; la jurisprudence en dégagant la théorie de l'abus des droits, est parvenue à ce résultat que l'exercice d'un droit pouvait engager la responsabilité de son titulaire ; il en est ainsi lorsque l'informateur agit dans l'intention de nuire et la jurisprudence voit dans le fait que l'indicateur agit spontanément, sans mandat, ni qualité, un élément aggravant ⁽⁶⁾. Ici pourrait-on dire, c'est la défense de la personnalité contre l'intervention malveillante des tiers qui est assurée, en même temps que celle de l'honneur. Nul n'est responsable des renseignements communiqués pour être utilisés, s'ils sont exacts et si l'informateur a agi dans un but légitime. La jurisprudence s'efforce à propos de chaque espèce de doser le mélange des préoccupations légitimes et du désir de nuire ⁽⁷⁾.

102. — Responsabilité du romancier et de l'auteur dramatique, de l'historien et du critique.

La plupart des cas de responsabilité constituent des atteintes à des droits de la personnalité entraînant un préjudice entièrement ou principalement moral ⁽¹⁾. Les particuliers ont le droit de faire respecter leur nom, qui constitue un droit de la personnalité et c'est là une défense d'un « patrimoine de souvenirs et d'honneur » ⁽²⁾. L'emploi par l'historien de correspondances et autres documents qu'il divulgue peut constituer une faute par l'atteinte causée au droit au secret ⁽³⁾, mais c'est surtout la

(5) Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n° 585, p. 800 et notes.

(6) Berthelot, *op. cit.*, p. 87.

(7) Savatier : Des effets et de la sanction du devoir moral. *Th. Poitiers*, 1916, p. 45-47.

102. — (1) Marcelle Azéma : De la responsabilité civile de l'écrivain. *Th. Bordeaux*, 1935, p. 87.

(2) Trib. Seine, 1^{er} décembre 1926, *Gaz. Trib.*, 1927.2.186, emploi du nom du duc de Brissac.

(3) Azéma, *op. cit.*, p. 111 et suiv.

considération et l'honneur des particuliers que protège la jurisprudence.

En ce qui concerne le *romancier* ou l'*auteur dramatique* (4), deux circonstances doivent entourer l'existence

(4) La même question se pose pour le producteur de films. Il suffit de parcourir les journaux pour saisir l'actualité du problème.

De *Marianne*, 6 octobre 1937 :

« Depuis quelque temps, le générique de tous les films américains est suivi de l'inscription suivante : « Les noms, les lieux, et l'action de ce film sont purement imaginaires et n'ont aucun rapport avec la réalité ».

« Cette précaution est due à l'abondance des procès qui fondent sur les pauvres producteurs américains.

« Il suffit qu'un personnage antipathique porte le nom d'un citoyen des Etats-Unis, que l'enseigne d'un tripot mal famé trouve sa pareille dans une ville d'Amérique, que l'auto d'un gangster soit ornée du numéro d'un honorable Américain pour que la société se voit poursuivie devant les tribunaux.

« Des experts suivent les prises de vues, changent le nom des marques de moutarde, des cafés, des restaurants, des « villaines », la forme des flacons, la façade des immeubles.

« En vain !...

« Des spécialistes du « dommages et intérêts » trouvaient encore prétexte à procès... ».

Ou bien, on peut lire, dans les périodiques « consacrés au cinéma », les aventures de Mickey :

« *Mickey devant les juges.*

« Mickey, l'astucieux petit rat des dessins animés de Walt Disney, est sur le point, le croirait-on, d'être trainé en justice. En effet, la loi américaine interdit formellement de donner à un personnage de roman, de pièce ou de film, un nom de citoyen. Or, il se trouve dans l'Etat de Dakota, un honorable gentleman qui répond au nom de Mickey.

« Craignant sans doute, un peu tardivement, toutefois, qu'une confusion puisse s'établir entre lui et le héros animal de tant de fantaisies, il vient d'intenter une action judiciaire. Demandeur sans pitié, il réclame la destruction immédiate de toutes les bandes où figure Mickey et l'interdiction de toute nouvelle production dont il serait le protagoniste, à moins que...

« A moins que le chiffre des dommages-intérêts que lui proposera Walt Disney soit jugé suffisant par le M. Mickey de Dakota. Mais, au fait, le tribunal n'aura-t-il pas son mot à dire dans cette affaire ? ».

Et enfin, tout dernièrement :

« Paris, 18 janvier.

« Le président Maillefaud a rendu son ordonnance dans le référé intenté par le marquis de Casa-Fuerte, petit-neveu de l'impératrice Eugénie, et par M. Paul de Lesseps, fils de Ferdinand de Lesseps, qui, l'un et l'autre, demandaient la mise sous séquestre du film *Suez*.

« Le président a décidé qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à la demande de saisie et a renvoyé les parties se pourvoir au principal. Les attendus de l'ordonnance sont particulièrement intéressants :

« Attendu que si ce film, qui n'a aucune prétention littéraire, artistique ou historique, contient des erreurs, des invraisemblances, des

de la faute : il faut que le personnage du roman soit odieux ou ridicule ; il faut que la confusion soit possible ; le romancier se rend coupable d'une faute dommageable tombant sous le coup de l'article 1382, s'il représente sous des traits ridicules ou odieux des tiers suffisamment désignés ⁽⁵⁾. L'auteur d'une œuvre d'imagination commet une faute délictuelle dans divers cas : il peut donner à l'un de ses personnages le nom d'un tiers et porter atteinte à l'honneur ou à la considération de celui-ci, en le représentant d'une façon reconnaissable si bien que la confusion est possible ⁽⁶⁾, il peut encore constituer un personnage imaginaire, odieux ou ridicule, auquel il donne le nom d'une personne vivante ⁽⁷⁾, ou bien il peut sans donner le nom d'un tiers au personnage de son roman, porter atteinte à l'honneur d'une personne soit en écrivant un roman à clé, soit en choisissant un sujet inspiré de débats judiciaires ⁽⁸⁾ ; le romancier ne commet qu'une faute quasi-délictuelle s'il donne à l'un de ses personnages le

« naïvetés dont il convient de sourire et non de s'indigner, du moins « ne renferme-t-il aucune phrase de nature à porter atteinte, dans « l'esprit des spectateurs, à la mémoire d'Eugénie de Montijo et de « Ferdinand de Lesseps, qu'il n'y a donc pas lieu de prononcer la mise « sous séquestre de ce film qui, bien qu'étranger, vient fort opportuné- « ment rappeler que la création du canal de Suez est une œuvre fran- « çaise ». V. *Gaz. Pal.*, 29 mars 1939.

(Comp. Trib. Seine, 11 mai 1933, *Gaz. Pal.*, 1936.2.344).

(5) Trib. Seine, 7 février 1934, *S.* 1934.2.41, et sur appel, Paris, 24 avril 1936, *S.*, 1936.2.214, à propos du roman d'Anatole France : « La Révolte des Anges ». — Trib. civil Seine, 8 déc. 1938, *D. H.*, 1939.176. Saint-Ange-Foissen-Bautier c. Sacha Guitry.

(6) Trib. Seine, 2 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.376 ; Trib. civ. Lyon, 15 décembre 1896, *D.*, 1897.2.174.

(7) Paris, 2 mars 1866, *Pat.*, 1869.172 ; Trib. Lyon, 17 janvier 1877 et Cour de Lyon, 20 mars 1877, *Pat.*, 1877.171. — Trib. Seine, 15 février 1882, *S.*, 1884.2.21 : affaire Duverdy-Zola. — Plus récemment : Trib. civ. Seine, 23 juin 1930, *Gaz. Trib.*, 1931.2.97 ; Trib. civ. Seine, 19 mars 1930, *Gaz. Trib.*, 1930.2.211 (prince Danilo de Monténégro, à propos de « La Veuve Joyeuse »). — Trib. Seine, 21 février 1934, *Gaz. Trib.*, 1934.2.115.

(8) Amiens, 6 juillet 1932, *S.*, 32.2.233 ; Trib. Seine, 4 février 1934, *précité* ; comp. Cass., 29 avril 1897, *Pat.*, 1898.19 ; Bordeaux, 24 janvier 1899, *S.*, 99.2.156 ; *Rev. trim.*, 1929, p. 420, n° 1 et Trib. civil Bruxelles, 18 mars 1937, *S.*, 1938.4.28.

nom d'un tiers, alors qu'aucune autre assimilation n'est possible (°).

L'historien qui, dans la confusion souvent inextricable des faits historiques, recherche la vérité, exerce une redoutable mission : que peut-on exiger normalement d'un historien ? Le récit doit être matériellement exact ; si, ayant avancé des faits inexacts et recevant tous documents lui permettant de rectifier son erreur, il y persiste, il est responsable des conséquences de sa mauvaise foi : l'historien qui a sciemment dénaturé les faits qu'il rapporte, peut être poursuivi pour diffamation, mais il peut l'être aussi civilement pour la faute délictuelle qu'il a commise sur le fondement de l'article 1382 (10).

Si l'historien agit sans mauvaise foi, mais avec légèreté, il y aura faute quasi-délictuelle entraînant responsabilité civile (11).

L'historien peut-il commettre une faute lorsqu'il dit uniquement la vérité ? L'appréciation des faits véridiques peut-il entraîner une faute de l'historien ? Lorsqu'il relate un fait véridique de la vie publique, il ne commet pas de faute, hors le cas d'un dénigrement systématique (12) ; la question est beaucoup plus délicate s'il relate un fait véridique de la vie privée. Il conviendra d'examiner le caractère de l'ouvrage (biographie ou histoire générale) et celui de l'allusion à la vie privée (relation avec le sujet, nécessité de mentionner un détail topique).

(9) Trib. Rouen, 20 février 1933, S., 1933.2.133, *Gaz. Trib.*, 33.2.287 ; Paris, 2 décembre 1897, *D. P.*, 1898.2.215 ; voir Trib. civ. Seine 24 octobre 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.794 ; Paris, 7 juin 1938, S. 1938.2.214 (aff. Maurice Rostand c/ de Waresquiel, à propos de la pièce « Les Marchands de Canons »).

(10) Trib. Seine, 10 mai 1897, S. 1898.2.199 ; Paris, 12 novembre 1897, *D. P.*, 1897.5.447.

(11) Paris, 17 avril 1858, *Pat.*, 1858.354, à propos des mémoires posthumes du maréchal Marmont, publiées par Perrotin. — Cass., 4 mai 1900, *D.*, 1901.1.137, inexactitudes sur la conduite du général de Bourmont à Waterloo.

(12) Cass, 28 décembre 1933, *D. H.*, 1934.70, aff. de Dompierre d'Horroy (atteintes à la mémoire de l'amiral Duperré). — Trib. civ. Seine, 3 janvier 1934, *Gaz. Pal.*, 34.1.541, à propos du « Joffre », de Recouly, où celui-ci appréciait la conduite du général de Lanrezac.

Le problème de la responsabilité du *critique* se rapproche de celui de la responsabilité de l'historien lorsqu'il apprécie un fait véridique. En matière de critique littéraire, ou dramatique par exemple, la faute pourra consister dans une attaque systématique de l'œuvre, une atteinte à la personne de l'auteur dans sa vie privée ou à sa considération professionnelle (accusation de plagiat ou d'interpolation mal fondée ⁽¹³⁾).

Ainsi le critique ⁽¹⁴⁾ doit exactitude et bonne foi ; on ne lui demande ni bienveillance ni indulgence ; en principe il ne doit pas attaquer la personne privée de l'auteur, et même dans la critique de l'œuvre, il doit conserver une certaine mesure : la violence inutile, le caractère illégitime du but poursuivi, l'intention de nuire par exemple, sont sanctionnés avec raison par la jurisprudence ⁽¹⁵⁾.

103. — Portée générale de l'art. 1382 en matière de protection de l'honneur.

Nous avons montré par les exemples précédents l'importance de l'article 1382 Code civil : son rôle dépasse nettement celui qui est joué par les règles pénales concernant la diffamation et l'injure. Complétons cette démonstration par quelques espèces dans lesquelles des actes très différents les uns des autres atteignent la personnalité morale dans son honneur ou sa considération et entraînent

(13) Atteinte à la personne de l'auteur dans sa vie privée ; Paris, 7 février 1911, *Pat*, 1911.295. — Atteinte à la considération professionnelle (accusation de plagiat) : Trib. civ. Seine, 23 juillet 1921, *Gaz. Tr.*, 1921.2.560, aff. Pierre Benoit contre Magden, à propos de « L'Atlantide ». — Trib. Seine, 3 mai 1905, *D.*, 1905.5.30, accusation de plagiat contre Bernstein (« Le Bercaïl »). — Accusation d'interpolation : Trib. Seine, 26 mars 1884, *La Loi*, 27 mars 1884, Louis Ménard contre Monval.

V. Trib. de paix de Toulouse, 3 mai 1933, *Semaine Jurid.*, 1933, p. 1050 (article diffamatoire contre un interprète de films : Fainsilber). — Trib. civ. Seine, 23 avril 1937, *D. P.*, 1937.2.127, aff. Fleuret contre Vincent.

(14) En matière de critique scientifique, médicale, philosophique ou juridique, voir Azéma, *op. cit.*, p. 144 à 149.

(15) Voir encore : Savatier, *op. cit.*, p. 43-44. — Bosc, *op. cit.*, p. 175 et suiv. — Sur l'importance des usages en cette matière, voir : E.-H. Perreau, *Rev. trim.*, 1914, p. 495.

pour leur auteur une responsabilité civile ⁽¹⁾. Parfois l'homme est atteint dans sa considération « sociale » : c'est un notaire qui, pour avoir reçu un testament authentique nul, est condamné à des dommages-intérêts envers les héritiers légitimes du testateur à raison du préjudice moral souffert par le fait de l'exhérédation devenue publique ⁽²⁾ ; c'est un desservant dont le titre de nomination est régulier, à qui le maire refuse cependant les clés du presbytère, et qui obtient des dommages-intérêts pour le préjudice moral que le maire lui a causé, en se refusant aux yeux de toute la population à reconnaître son caractère de prêtre, alors qu'il était cependant le véritable ministre d'un culte reconnu par l'Etat ⁽³⁾ ; c'est un consommateur du café Bréban qui est accusé à tort par le garçon de lui avoir remis une pièce fausse et mené de ce chef chez le commissaire de police du quartier : il obtient des dommages-intérêts pour le préjudice moral que lui a causé l'incident ⁽⁴⁾ ; c'est un habitant de la ville de Nice qui obtient également des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral que lui a causé le directeur du Casino municipal, en refusant à tort de le recevoir, le seul fait d'être exclu du Casino de Nice, lieu de distraction et de réunion, emportant avec lui une sorte de suspicion du caractère le plus pénible ⁽⁵⁾.

Le célèbre joueur de tennis amateur Borotra obtint contre un éditeur une condamnation à des dommages-intérêts et la suppression des volumes parus, en raison du préjudice moral que lui avait causé le lancement dans le public, contre sa volonté, d'une biographie laissant supposer le

103. — (1) Voir Dorville, *op. cit.*, p. 90-97 ; Baleston, *op. cit.*, p. 34-36 ; Jean Ganot, *op. cit.*, p. 140-147. — Comp. note Rousseau, S. 1930.2.89 sous Trib. de Poitiers, 25 mars 1930.

(2) Req., 3 avril 1900, *Gaz. Pal.*, 1^{er} mai 1900.

(3) Justice de paix de Toulouse. 11 mars 1895 : *La Loi*, 9 avril 1895.

(4) Trib. civ. Seine (6^e Chambre), 22 février 1900, *Gaz. Trib.*, 12 juin 1900.

(5) Cour d'Aix, 16 juillet 1894, S., 1895.2.207.

caractère publicitaire de quelques-unes des exhibitions du champion ⁽⁶⁾.

Dans d'autres cas, l'homme est atteint dans sa considération professionnelle : un artiste expulsé violemment devant ses camarades et en présence du public, reçoit des dommages-intérêts ⁽⁷⁾ ; de même celui à qui on attribue vis-à-vis du public, une inconvenance dont il n'était nullement coupable ⁽⁸⁾ ; au directeur d'une société révoqué arbitrairement par l'assemblée générale des actionnaires quand les statuts portent que cette mesure ne pourra être prise que pour faute grave commise par ce directeur ⁽⁹⁾, la jurisprudence accordera une indemnité.

L'article 1382 est donc de portée très large ; certains auteurs, à l'époque même où l'on discutait de la possibilité de réparer pécuniairement le préjudice moral, admettaient la réparation pécuniaire des atteintes à l'honneur, à la considération, à la réputation ⁽¹⁰⁾. De nos jours, alors que la jurisprudence affirme la possibilité de la réparation du dommage moral, les espèces relatives à des atteintes à l'honneur sont très nombreuses.

Bien que les usages mondains les plus constants ne soient pas la source de véritables droits, il est possible que le refus d'accomplir un acte de courtoisie entraîne la responsabilité de l'auteur du refus ; nul n'a d'action pour réclamer les titres d'usage ⁽¹¹⁾, ni pour exiger une inscription sur une lettre de faire-part malgré l'usage constant

(6) *Ann. de prop. ind.*, 1933, p. 33, art. 6899.

(7) Trib. civ. Seine (3^e Chambre), 11 décembre 1885, *Pand. fr.*, 1886.2.49.

(8) Trib. com. Seine, 25 mars 1850, *Le Droit*, 26 mars 1850.

(9) Toulouse, 25 août 1876, *S.*, 1877.2.237.

Comp. : Trib. civ. Tours, 15 juin 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.2.906 (sous-note) : pas de dommages-intérêts accordés en réparation du préjudice moral causé par l'exclusion d'une association. — Trib. civ. Seine, 8 janvier 1929, *Gaz. Trib.*, 30 mai et 13 juin 1929 : Le préjudice moral résultant de l'exclusion d'une association est réparé par l'octroi de dommages-intérêts.

(10) Dorville, *op. cit.*, p. 61-67.

(11) Paris, 18 juin 1883, *D. P.*, 1883.2.192.

d'y mentionner toute la famille ⁽¹²⁾. Cependant refuser de donner un titre de courtoisie à quelqu'un en déclarant publiquement qu'il l'usurpe est une diffamation ⁽¹³⁾; omettre volontairement le nom de la femme d'un des parents inscrits sur un faire-part de décès, pour souligner publiquement la mésintelligence de l'expéditeur avec elle, constituera une faute exigeant réparation ⁽¹⁴⁾.

104. — De l'existence d'un droit à l'honneur.

L'honneur est un intérêt extra-patrimonial protégé en droit positif français. On lit couramment que l'honneur est protégé par un droit à l'honneur ⁽¹⁾; l'expression est d'emploi fréquent, il n'est pas sûr qu'elle soit exacte, ceci pour deux raisons; d'une part, peut-on remarquer, seule est réprimée la critique *faite en public* par un individu de votre conduite ou de votre attitude; d'autre part, et c'est là évidemment un point plus important, se pose le problème de l'existence d'un véritable *droit* à l'honneur ⁽²⁾.

Il ressort de nos explications antérieures que le sentiment d'honneur est protégé en droit positif ⁽³⁾.

(12) Trib. Nevers, 20 mai 1903, *Gaz. Pal.*, 1903.2.66.

Trib. paix Saint-Josse-en-Noode (Belgique), 17 juin 1903, *La Loi*, 1904, p. 251.

(13) Crim., 18 décembre 1874, *S.*, 1875.1.328, *D. P.*, 1875.1.281, 3 juillet 1875, *D. P.*, 1875.1.494.

(14) Gand, 14 mai 1900, *Pas. belge*, 1901.2.100.

104. — (1) Bérard, *op. cit.*, p. 183; Boistel, *op. cit.* — Perreau : Les droits de la personnalité, *Rev. trim. de Droit civ.*, 1909, p. 506. — Régamey, *op. cit.*, p. 24, 13°. — Specker, *Die Persönlichkeitsrechte...* I. D., Zürich, 1910, p. 84-92 et toute la seconde partie de l'ouvrage. — Citons surtout : Gierke : *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 416 et suiv. (de la personnalité se dégage un droit à l'honneur, un honneur intact est à la base du droit de la personnalité).

(2) Voir n° 177. L'art. 371 du Code civil édicte : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ». Ce texte n'énonce qu'une règle morale, dépourvue d'effets juridiques; cf. : Savatier : *Les personnes*, n° 306, p. 361.

(3) Il faut remarquer l'importance de cette notion d'honneur (Ehre) dans la conception nationale-socialiste; mais c'est surtout l'honneur du peuple allemand ou de la collectivité qui est pris en considération :

SOUS-SECTION 2

LA DEFENSE DE L'HONNEUR DANS LE CADRE
DE LA PROFESSION OU DE LA FONCTION

105. — Position du problème. Textes de droit pénal. Droit disciplinaire.

Lorsque nous parlons d'honneur dans le cadre de la profession ou de la fonction, nous entendons traiter de la protection du sentiment d'honneur même privé, et non pas seulement professionnel ; le fait d'appartenir à telle profession, ou d'être fonctionnaire de telle administration, entraîne deux conséquences : 1° en ce qui concerne les textes du Droit pénal, il peut en résulter un changement dans le système de protection ⁽¹⁾. C'est ainsi que les personnes protégées par la loi pénale contre l'outrage ⁽²⁾ (Code pénal, art. 222 à 227. Cf. art. 11 et 91 C. Pr. Civile) sont les citoyens exerçant une fonction publique ou accomplissant un service public. L'article 26 de la loi de 1881 punit l'offense au chef de l'Etat : l'offense est punie si elle est dirigée contre la personne même du chef de l'Etat, mais peu importe qu'elle intervienne au sujet de sa vie publique ou de sa vie privée. De même, pourvu que le fonctionnaire soit dans l'exercice de ses fonctions et qu'il accomplisse un acte quelconque de ses attributions, il importe peu que l'outrage se rapporte à sa vie privée ou publique.

consulter Christian Bertelsen : Die Ehre und die Beleidigungsfähigkeit von Personengesamtheiten I. *Dissertation Köln*, 1937.

Alfred Ketteler Die Erneuerung der Ehrenstrafe I. D. *Köln*, 1937.

Alfred Rosenberg (in seiner Rede bei Eröffnung des rechtsphilosophischen Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht am 3 mai 1934) s'écriait : « Das ganze deutsche Rechtsleben beruht seit dem ersten Auftreten des Germanentums eigentlich auf dem einzigen Werte, auf dem Werte der Ehre ».

Sur le caractère non individuel de la Weltanschauung national-socialiste, voir la thèse de M. Mankiewicz, *Lyon*, 1937, n° 20, p. 23 : « La W. n. s. », n° 56, p. 61. — Marcel Cot : La conception hitlérienne du Droit. *Th. Toulouse*, 1938, p. 63-64.

Voir également : Roger Béraud : Le Droit pénal et les dictateurs. Les délits contre l'honneur. *Rev. de Sc. Crim.*, 1938, p. 681. Cf. Donnedieu de Vabres, la politique criminelle des Etats autoritaires, p. 116 (t. et note 1).

105. — (1) Cf. : Louis Pauthe : De la délimitation du domaine d'in-

Au contraire, la diffamation ou l'injure envers les personnes protégées par l'article 31 de la loi de 1881, c'est-à-dire les ministres, sénateurs, députés, fonctionnaires publics, jurés, dépositaires ou agents de l'autorité publique, doit être dirigée contre un acte de leur vie publique (3). La critique d'un fait de la vie privée constitue une diffamation envers un particulier, et ce n'est plus la Cour d'Assises qui sera compétente (4), mais le tribunal correctionnel. L'article 31 ne concerne pas les officiers ministériels, lesquels sont protégés par l'article 224 du Code pénal. Nous ne nous arrêterons pas à l'étude de ces textes connus. 2° Il existe une répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics, ou par les membres de certaines professions organisées, les avocats, par exemple.

La faute disciplinaire consiste dans tout fait de nature à porter atteinte directement ou indirectement à la fonc-

fluence de la fonction publique en matière d'injure et de diffamation des personnes. *Th. Toulouse*, 1936. — V. sur un problème assez particulier la note de M. Hugueney, *S.*, 1936.1.393.

(2) L'outrage est une expression de mépris de nature à diminuer l'autorité morale d'un citoyen chargé d'un service public et tendant à inculper son honneur ou sa délicatesse : le mépris peut être exprimé par paroles, gestes, menaces, parfois même par un écrit ou un dessin non rendu public. Peu importe que l'outrage par paroles ou geste ou menace soit ou non proféré en public. A la différence de la diffamation ou de l'injure, l'outrage constitue un délit même sans l'élément de publicité.

(3) Les dépositaires de l'autorité publique (préfets, procureurs de la République, maires) peuvent obliger les gérants d'un journal à insérer une rectification dans le plus prochain numéro, si un acte de leurs fonctions a été inexactement rapporté : c'est le droit de rectification, prévu par l'art. 12 de la loi de 1881.

(4) Voir : Cass. crim., 7 août 1937, *Rev. de Sc. Crim et de Droit pénal comp.*, 1938, p. 74. La preuve de la vérité de l'imputation peut être administrée, s'il s'agit de personnes protégées par l'art. 31 : la preuve est apportée devant la Cour d'Assises saisie (art. 35). La preuve n'est jamais autorisée au cas d'offense au chef de l'Etat. Au cas de poursuites correctionnelles, la preuve de la vérité du fait diffamatoire est admise seulement lorsque la personne diffamée est un simple particulier dirigeant une entreprise commerciale, industrielle ou financière, faisant appel au crédit et à l'épargne. Il est alors de l'intérêt public de connaître les procédés malhonnêtes dont certaines personnes peuvent user pour s'attirer la confiance du public.

(5) Marcel Deleau : L'évolution du pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires civils de l'Etat. *Th. Paris*, 1933, p. 36. — Voir, à titre d'exemples, *Dalloz* : Répert. pratique, V Discipline judiciaire, n° 3, n° 104.

tion ou à la profession ; les fautes relatives à l'exercice de la fonction sont évidemment sanctionnées, mais également les fautes d'ordre privé, c'est-à-dire, d'une façon générale, les fautes contre l'honneur : la décision d'une juridiction disciplinaire est donc la sanction possible d'une faute contre l'honneur. Nous pouvons dire qu'il y a là une sanction des fautes contre l'honneur commises par le professionnel ; un pays voisin a d'ailleurs institué des juridictions disciplinaires, dénommées tribunaux d'honneur. Nous donnerons quelques explications sur cet aspect du droit disciplinaire.

106. — Les fautes contre l'honneur dans le droit disciplinaire ⁽¹⁾.

Les fautes relatives à l'exercice de la fonction, les premières qui se présentent à l'esprit, sont sanctionnées : elles consistent dans la violation des devoirs professionnels proprement dits.

La Cour de Cassation astreint la faute disciplinaire à cette condition de toucher à l'honneur ou à la délicatesse du fonctionnaire, elle étend cette condition aux fautes commises dans l'exercice de la profession. « Le conseil supérieur de la magistrature ne peut, au point de vue disciplinaire, être saisi que de faits touchant à la délicatesse, à l'honneur ou à la considération du magistrat » ⁽²⁾ ; « la justice disciplinaire, quelle que soit l'étendue de son action, ne peut ni rechercher, ni punir les faits, qui n'ayant, en eux-mêmes, ou par les circonstances qui les accompagnent, rien de contraire à l'honneur ou à la délicatesse, auraient été accomplis par un officier ministé-

106. — (1) Sur le droit disciplinaire en général, voir J. Ricol, les tendances du droit disciplinaire, *Th. Toulouse*, 1908 ; A. Légal et J. Brethe de la Gressaye : Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, Paris, *Sirey*, 1938 ; note Waline : *D. P.*, 1938.3.33, sous C. d'Etat, 27 mars et 16 octobre 1936, aff. Bonny ; note Costes, *S.*, 1938.2.49, sous Trib. Brive, 3 mars 1937.

(2) Cass., 27 avril 1898, *S.*, 1899.1.385, note Esmein, aff. Quesnay de Beaurepaire.

riel dans l'exercice légitime de sa profession » (3). Pour M. Bonnard, il faut, au contraire, écarter cette condition qui prête dans la pratique à l'arbitraire et dire que toute violation du devoir professionnel proprement dit, est une faute disciplinaire (4). Le pouvoir disciplinaire apprécie les faits soumis à son action seulement dans leurs rapports avec l'honneur et la considération de la personne inculpée, dit un arrêt de la Cour de Cassation (5) ; cependant une distinction est établie entre les faits pouvant donner lieu à des mesures disciplinaires et les actes qui constituent des manquements à la probité et à l'honneur. C'est ainsi que le bénéfice de l'amnistie, qui s'étend dans les lois d'après-guerre aux mesures disciplinaires, n'est pas accordé aux manquements à la probité ou à l'honneur (6) ; l'omission du tableau, pour un avocat, ne revêt pas le caractère d'une peine, quand, en dehors d'un fait portant atteint à l'honneur ou à la délicatesse de l'avocat, elle n'est que la conséquence d'une incompatibilité légale (7).

Un fait d'ordre privé ne devra être considéré comme fautif par le pouvoir disciplinaire que s'il a porté atteinte à l'honneur et à la considération du fonctionnaire.

Il en résulte, écrit M. Bonnard, des conséquences pratiques importantes :

— La gravité de la faute sera conditionnée, non seulement par la nature du fait, mais aussi par la nature de la fonction exercée : la réputation d'un magistrat doit

(3) Cass., 25 octobre 1893, S. 1894.1.139 (notaire), 10 avril 1895, S., 1895.1.387 (avoué).

(4) Bonnard : De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics. *Th. Bordeaux*, 1903, p. 32 ; cf. Ricol, *op. cit.*, p. 69 ; voir Req., 13 janvier 1936, *D. H.*, 1936, p. 164.

(5) Civ., 19 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.353.

(6) Cf. : Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, n° 965, p. 569 et notes ; voir : loi du 12 juillet 1937 portant amnistie, art. 5 et commentaire de M. Leloir. *D. P.*, 1938.4, p. 130, 3^e col., n° 5 : application, Paris, 27 oct. 1937, *D. H.* 1937, p. 589. Aix (1^{re} et 2^e Ch. réunies), 18 oct. 1938, *Sem. Jurid.*, 1938, f. blanche 896.

(7) Civ. 22 févr. 1938, *D. P.* 1938.1.70 et la note de M. J. Appleton, S. 1938.1.169, note H. Rousseau.

être plus intacte que celle d'un simple employé d'administration ⁽⁸⁾.

— Pour que les faits soient punissables, il faut qu'ils aient reçu une certaine publicité, sinon l'honneur du fonctionnaire n'est pas atteint, et M. Bonnard cite l'affaire du Général Bonnal mis en non-activité par retrait d'emploi à la suite d'une faute contre l'honneur, absolument étrangère à l'exercice de sa fonction ⁽⁹⁾.

Quels sont les *textes relatifs à la répression disciplinaire* ? Certains textes ne parlent pas de la faute disciplinaire, la juridiction disciplinaire statue donc arbitrairement ; dans d'autres cas, les textes donnent les caractères généraux de la faute, ou bien donnent à tel fait indiqué d'une manière précise le caractère de faute. La loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire donne les caractères généraux de la faute disciplinaire pour les magistrats (art. 49 : tout juge qui compromet la dignité de son caractère) et les officiers du ministère public (art. 60 : dont la conduite est répréhensible, et art. 61 : toutes les fois que les officiers du ministère public s'écartent du devoir de leur état et qu'ils en compromettent l'honneur, la délicatesse et la dignité). L'article 3 du décret du 19 mars 1852 sur la mise à la retraite et la discipline des membres de la Cour des Comptes dit que peuvent être frappés de peines disciplinaires ceux de ses membres qui auraient manqué aux devoirs de leur état ou compromis la dignité de leur caractère ; l'article 12 de la loi du 19 mai 1834 sur l'état des officiers indique les causes pour lesquelles un officier peut être réformé par mesure disciplinaire : inconduite habituelle, fautes graves dans le service ou contre la discipline, fautes contre l'honneur.

(8) Bonnard, *op. cit.*, p. 33 ; ainsi (p. 36) un délit de chasse commis par un magistrat ou un agent de la force publique, un garde champêtre ou un gendarme, par exemple, constituera une faute disciplinaire grave, alors que pour d'autres fonctions elle n'aura pas ce caractère. Le degré de dignité que doit garder dans sa vie privée un fonctionnaire varie suivant les emplois, cf. Rolland : Précis de Droit administratif, *Dalloz*, n° 132, et l'arrêt cité Gault (C. d'Etat 16 mai 1919, Rec. 1919, p. 427).

(9) Bonnard, *op. cit.*, p. 34-35.

On trouve au contraire dans l'ordonnance du 4 janvier 1843 sur l'organisation du notariat (art. 12) une série de faits de nature à constituer une faute disciplinaire, mais l'énumération n'est pas limitative (voir l'art. 13). De même, le décret du 14 juin 1813 prévoit aux articles 39 et suivants, que certains faits constituent pour les huis-siers des fautes disciplinaires.

A côté de la répression de la faute disciplinaire, il faut signaler les décisions relatives à l'admission dans le cadre de la profession (admission au stage d'un barreau par exemple) ou de la fonction : ainsi l'autorité compétente a le droit de ne pas nommer le candidat présenté par le jury de concours, si, après son admission au concours, sont révélés des faits entachant sa moralité et de la catégorie de ceux qui justifient l'exclusion des cadres de l'administration ⁽¹⁰⁾. Signalons comme exemple-type des conditions de moralité exigées pour être admis à exercer une fonction déterminée, les lois sur l'enseignement : loi du 15 mars 1850 sur l'enseignement secondaire (incapacités prévues dans l'art. 26, cf. art. 60), loi du 12 juillet 1875 sur la liberté de l'enseignement supérieur (art. 8, cf. art. 22) ; loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire (art. 5 ; voir également l'art. 41 : mesure disciplinaire prise en cas de faute grave dans l'exercice de ses fonctions, d'inconduite ou d'immoralité contre un instituteur privé).

Les jurés, c'est-à-dire les personnes appelées à siéger comme membres d'un jury criminel, sont investies pour un certain temps d'un emploi qu'ils ne peuvent refuser, leur situation se rapproche de celles des fonctionnaires et la loi du 21 novembre 1872 sur le jury prévoit les incapacités d'être jurés ; les personnes appelées sous les dra-

(10) C. d'Etat 16 mai 1930, Grego, *Rev. Droit public* 1930, p. 353 ; *D. P.* 1931.3.60. Sur la question de savoir si la révocation peut être prononcée en raison d'une condamnation encourue avant l'entrée en service et ignorée de l'autorité qui avait fait la nomination, cf. C. d'Etat 5 déc. 1930, Sarrail, *Rev. dr. public* 1931, p. 118 ; *D. P.* 1931.3.58.

peaux sont également assimilables à des fonctionnaires, et la loi sur le recrutement du 31 mars 1928 ⁽¹¹⁾ prévoit les conditions d'aptitude au service militaire, en ce qui concerne la moralité (art. 4 et 5).

On considère l'électorat comme une fonction ou au minimum comme un pouvoir légal ; les lois électorales prévoient les conditions d'aptitude morale qui seront exigées des électeurs : il faut ne pas être failli, ne pas être officier ministériel destitué, ne pas avoir été frappé de certaines condamnations pénales.

Un corps constitué lui-même peut être passible de peines disciplinaires : c'est ce qui a été assez fréquemment jugé pour les barreaux d'avocats ⁽¹²⁾ ; le délit corporatif que notre Ancien Droit avait connu et qui survit au point de vue disciplinaire, tend à revivre aujourd'hui au point de vue pénal ⁽¹³⁾.

107. — Développement du droit disciplinaire en France.

L'organisation administrative de la profession crée un pouvoir disciplinaire sur les membres de la corporation : or il apparaît à l'observateur qu'un grand nombre de personnes sont soumises à des règles particulières purement professionnelles : citons avec M. Ripert ⁽¹⁾, les offices ministériels et les barreaux d'avocats, la réglementation du courtage et de la profession d'agent de change, la création officieuse des corporations d'agréés syndics de faillite et liquidateurs, mandataires aux Halles de Paris. Les médecins réclament sans cesse de nouvelles règles s'appliquant uniquement à la profession médicale ⁽²⁾.

(11) *D. P.* 1929.4.65.

(12) Arrêts cités par Ricol, *op. cit.*, p. 96, note 3 : C. 5 avril 1841 ; S. 41.1.289 ; C. 5 décembre 1847, S. 48.1.118 ; C. 15 décembre 1847, D. 48.1.7 ; C. 12 mai 1858, D. 58.1.275 ; C. 13 février 1893, D. 93.1.193, S. 94.1.122 ; C. 19 octobre 1896, S. 97.1.22, D. 97.1.155. Sur une action intentée par l'ordre des avocats de Lille, voir Amiens, 16 février 1938, D. H. 1938, p. 168 et la note.

(13) Voir Mestre ; Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, *thèse* Paris 1899. — Savatier, n° 93, p. 96, note 3.

107. — (1) Ripert : Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1936, p. 399, n° 199.

(2) A propos des conditions de moralité exigées de tout médecin,

On peut sinon assimiler du moins rapprocher des règles disciplinaires, celles concernant les commerçants faillis et les incapacités dont ils sont frappés ; il faut citer également le maintien pour les marins d'un Code disciplinaire et pénal (loi du 17 décembre 1926).

Enfin, il se crée à côté du droit étatique un droit corporatif : des groupements de tout genre se sont formés, la société ainsi créée exerce sur ses membres un véritable pouvoir disciplinaire ; les statuts fixent les pénalités à infliger ; l'association a le droit d'exclusion, mais les tribunaux admettent le recours contre la décision, qu'il s'agisse soit de vérifier l'application des formes, soit de formuler un jugement de valeur sur le fond même de la décision d'exclusion (3).

Si l'on envisage, à côté du pouvoir disciplinaire s'exerçant dans le cadre de la fonction publique, celui qui existe dans le cadre des divers groupements, on peut conclure que les décisions disciplinaires sont très importantes : beaucoup d'entre elles, relatives au droit des décorations (4) ou à l'exclusion du membre d'un groupement, touchent directement au sentiment d'honneur de l'individu. Le III^e Reich allemand a, du reste, organisé des tribunaux d'honneur, sur lesquels nous voulons donner quelques explications.

108. — Les tribunaux d'honneur professionnel en Allemagne nationale-socialiste.

La loi allemande du 20 janvier 1934 tendant à régler le travail national contient, dans sa troisième

officier de santé, dentiste ou sage-femme, voir loi du 30 novembre 1892, art. 25. — Sur la création d'un ordre des médecins, voir la thèse de M. Pinatel, Paris 1937.

(3) Planiol, Ripert et Lepargneur : *Traité pratique de droit civil*, tome XI, n° 1089. — Michoud, *op. cit.*, tome 2, n° 177-181.

(4) Voir s/ art. 34 et art. 42 C. Pén. annoté d'E. Garçon, l'incidence des peines privatives de droits sur le port licite de décorations. — Cf. exception faite pour les dispositions particulières relatives aux militaires, les fonctionnaires civils remplissant certaines conditions ont une vocation à être nommés dans l'ordre de la Légion d'honneur. Ils peuvent

section, des dispositions relatives à la juridiction d'honneur social. Pourquoi social ? c'est que (parag. 35), « chaque membre d'une communauté d'entreprise est responsable de l'accomplissement consciencieux des devoirs qui lui incombent en raison de sa position dans l'entreprise ; il doit par sa conduite se montrer digne de la considération à laquelle sa position dans l'entreprise lui donne droit : en particulier, toujours conscient de ses responsabilités, il mettra toutes ses forces au service de l'entreprise et se subordonnera aux nécessités du bien commun » (1).

Les fonctionnaires et les militaires ne sont pas soumis à la juridiction d'honneur social (par. 36, 2), parce qu'ils sont soumis à une autre discipline. Nous trouvons dans la loi des précisions sur la procédure et notamment sur les peines que peut prononcer le tribunal d'honneur : avertissement, blâme, amendes disciplinaires, retrait de la capacité d'être chef d'entreprise ou d'exercer les fonctions d'homme de confiance, retrait d'emploi avec possibilité de fixer un autre délai que le délai-congé légal ou contractuel (par. 38).

Le Tribunal d'honneur du Reich statue sur l'appel interjeté contre la sentence rendue.

En cas de condamnation pénale, le président du tribunal d'honneur décide s'il y a lieu à poursuites devant le tribunal d'honneur (par. 39, 3) : une action devant le tribunal d'honneur est indépendante de l'action pénale, nous sommes donc en présence d'une action disciplinaire. Un manquement à l'honneur social existe (par. 36, 1) :

1° Lorsque l'employeur, le chef d'entreprise ou d'autres personnes exerçant la surveillance, abusent de leur situation prépondérante dans l'entreprise, exploitent malveillamment le travail des membres du personnel ou les blessent dans leur honneur,

demandeur que leurs titres soient examinés, C. d'E., 11 déc. 1931, *Boucenne Rev.* 1932, p. 331.

108. — (1) A propos de cette notion de social dans l'Allemagne nationale-socialiste, voir Mankiewicz, ouvrage cité n° 104, note 3.

2° Lorsque des membres du personnel compromettent la paix sociale dans l'entreprise par une excitation malveillante du personnel...

3° En cas de réclamations ou propositions faites à la légère au commissaire du travail ou de contraventions à ses ordres écrits.

4° En cas de divulgation d'indications confidentielles ou de secrets d'entreprise ou de gestion, signalés comme confidentiels, et venus à la connaissance des membres du conseil de confiance dans l'exercice de leurs fonctions.

Sans avoir le loisir de donner un commentaire détaillé de cette loi et de ses applications, nous nous contenterons d'indiquer, en note, quelques thèses allemandes récentes, qui permettraient au lecteur d'avoir d'utiles références bibliographiques sur la question ⁽²⁾.

109. — De l'existence d'un droit à l'honneur professionnel.

En conclusion de cette étude du droit disciplinaire, peut-on parler d'un droit à l'honneur professionnel ? En d'autres termes, la profession a-t-elle ici une incidence telle que l'on doive séparer l'honneur professionnel de l'honneur en général ?

Une différenciation s'impose évidemment en ce qui concerne la sanction d'une faute contre l'honneur : le non-professionnel, le rentier par exemple, ne verra sa faute contre l'honneur sanctionnée que si elle a causé un dommage à autrui ; sa propre conduite non préjudiciable aux tiers ne sera justiciable que de la morale.

Mais en quoi consiste la protection de l'honneur du pro-

(2) Fritz Seiler : *Wesen und Schutz der sozialen Ehre nach der nationalsozialistischen Gesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit*, Inaugural-Dissertation Köln 1936.

Wilhelm Tepper : *Die Gemeinschaftsehre*, I. Dissertation Köln 1937.

Heinz Körting : *Die Strafen in der sozialen Ehrengerichtsbarkeit*, I. Dissert. Iena 1937.

Fritz Knaps : *Der Strafschutz des deutschen Volkes vor ehrenkränkenden Gedankenäusserungen* München 1937.

fessionnel? A part quelques textes spéciaux, s'appliquant aux fonctionnaires et non aux professionnels en général, ce « droit » à l'honneur professionnel ne saurait consister qu'en un recours contre une décision disciplinaire, qui, par le fait qu'elle censure une action du professionnel, porte atteinte à sa considération.

Là encore, il faudra nous demander si un droit véritable naît de la possibilité d'interjeter appel d'une décision rendue par une juridiction disciplinaire : toutes les décisions d'ailleurs ne sont pas susceptibles d'appel ⁽¹⁾. Il semble très difficile de parler d'un droit à l'honneur professionnel ⁽²⁾. Nous trouvons seulement ici une sanction spéciale de la faute contre l'honneur et en conséquence la possibilité pour le condamné d'user d'un recours lorsque la sentence d'une juridiction disciplinaire a porté atteinte à sa réputation professionnelle.

SECTION 4

LE DROIT MORAL DE L'AUTEUR OU DE L'ARTISTE

110. — Evolution historique du droit d'auteur. Divers droits exercés par l'auteur à propos de son œuvre. Division.

La protection de la personnalité a pu s'exercer au maximum avec ce qu'on a récemment appelé, d'un terme tout à fait générique mais très beau : les droits de la pensée.

L'histoire des droits intellectuels est une histoire moderne : l'idée de la protection du droit d'auteur est née de l'invention de l'imprimerie ; auparavant, écrivains et artistes n'imaginaient même pas qu'une conception littéraire ou artistique pût devenir à leur profit l'objet d'un droit ; les seuls bénéfices attendus de leurs travaux,

109. — (1) Sur les voies de recours, voir Ricol, *op. cit.*, p. 150 et suiv. ; Bonnard, *op. cit.*, p. 139 et suiv.

(2) Voir n° 177.

c'étaient les honneurs, les prix décernés dans les concours, la renommée, et avec celle-ci la chance de se faire remarquer et protéger par quelque mécène, les emplois, les pensions à obtenir ou de l'Etat ou de quelque grand et puissant personnage ⁽¹⁾.

Vers la fin de l'Ancien régime, le droit d'auteur est en réalité le droit de l'éditeur : il se présente comme un privilège de librairie accordé par le prince selon son libre arbitre, privilège qui n'est pas un droit au sens absolu du terme, mais suivant une heureuse définition du temps, « une grâce fondée en justice » ⁽²⁾. Les privilèges de librairie ont précédé la reconnaissance des droits patrimoniaux des auteurs ⁽³⁾. Les privilèges reposaient sur une concession toujours révocable du prince ; d'ailleurs, par suite du régime corporatif qui réglait la vie professionnelle à cette époque, il arrivait que le privilège accordé à l'auteur ou à l'inventeur ne lui profitait guère : l'auteur obligé de traiter avec imprimeurs et libraires groupés en corporations, était fatalement obligé de subir leurs conditions ⁽⁴⁾. Il n'en est pas moins vrai que c'est de ces privilèges que devaient naître un jour les droits intellectuels ; le passage d'une institution à l'autre s'est effectué plus tard à travers des péripéties trop connues pour qu'il soit nécessaire de les rappeler.

La Révolution emporte les privilèges des libraires comme les autres, mais c'est la Convention qui donne aux auteurs ce qui leur était refusé depuis des siècles : un droit et non une simple grâce fondée en justice.

Le droit d'auteur est enfin consacré. Le problème de

110. — (1) Fr. Ruffini : « De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques », Académie de Droit international : Recueil des Cours 1926, II, tome 12 de la collection, p. 396.

(2) Jean Escarra, Jean Rault et Fr. Hepp : La doctrine française du droit d'auteur, B. Grasset, éditeur, 1937, p. 11.

(3) J. Escarra : Préface au livre de M. Michaelidès-Nouaros, p. VI, « Le droit moral de l'auteur », Paris 1935, Rousseau, édit.

(Publications de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, 1^{re} série : XLII, XIII).

(4) P. Roubier : Droits intellectuels ou droits de clientèle, *Rev. trim. de Droit civil*, n° 1, p. 252.

la nature juridique de ce droit va se poser. Il est essentiel de bien distinguer les différents droits que l'auteur peut exercer à propos de l'œuvre littéraire ou artistique qu'il a conçue et publiée :

— ou bien l'auteur exerce la propriété du droit commun sur l'objet : manuscrit, tableau, planche gravée, qui matérialise sa pensée. Cette propriété de l'objet matériel n'est pas contestée ; ce droit sur l'objet matériel, qui d'une façon naturelle, se présente le premier à notre examen, n'a aucun lien de parenté avec le droit de l'auteur sur son œuvre : il est régi par les règles du droit commun ⁽⁵⁾.

— ou bien l'auteur perçoit les profits pécuniaires produits par la publication de son œuvre et la défend contre les atteintes quelconques dont elle est menacée, soit par des tiers, soit par des cessionnaires du droit de reproduction : c'est là le droit d'auteur, lequel a trait à l'œuvre, envisagée en elle-même, abstraction faite de sa réalisation ⁽⁶⁾ ; c'est la nature de ce droit qui a suscité de nombreuses controverses. Les systèmes les plus divers se sont efforcés de rechercher son fondement ⁽⁷⁾ ; la constatation de l'existence de deux catégories de facultés appartenant à l'auteur ⁽⁸⁾ : perception des profits pécuniaires produits par la publication de l'œuvre, d'une part, et protection de l'œuvre contre les atteintes portées par les tiers ou les cessionnaires contrairement à la conception de l'auteur, d'autre part, a entraîné certains jurisconsultes à affirmer l'existence de deux droits distincts, contrairement à l'opinion de certains autres qui sont partisans du droit d'au-

(5) P. Masse : Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique, *thèse Paris* 1906, p. 7 à 13. — J. Rault, Le contrat d'édition en droit français, *th.* Paris, 1927, p. 28-29.

(6) Vaunois : Rapport sur la propriété artistique, *Le Droit d'auteur*, 1892, p. 120.

(7) Cf. Paul Olgarnier : *Le droit d'auteur*, 2 vol., Paris, 1934, Libr. Gén. de droit et de jurisprudence). — Cristea : Contribution à l'étude du droit d'auteur, *thèse Paris*, 1938. — M. Nouaros, *op. cit.*, p. 32 et suiv.

(8) Voir notamment Gény : Des droits sur les lettres missives, tome I, n° 132, p. 335. — Saleilles, note S. 1900.2.121, sous Paris, 1^{er} février 1900 ; J. Rault, *op. cit.*, p. 46.

teur, droit homogène, un, mais à double face, sorte de Janus juridique.

Tous les jurisconsultes ont constaté l'existence des deux catégories de facultés précitées; il s'agit de *construire* la théorie du droit d'auteur.

Nous conduirons cette étude de la manière suivante : en une sous-section 1, nous nous demanderons quelles sont les prérogatives d'ordre moral reconnues à l'auteur ; puis en une sous-section 2, nous aurons à examiner le problème fondamental de l'existence d'un droit moral autonome et de sa nature juridique : cette question est très importante, car c'est spécialement à propos de la protection de la personnalité de l'écrivain que la doctrine et la jurisprudence ont parlé de droits extra-patrimoniaux.

Cette étude sera donc poursuivie en fonction du but que nous nous proposons: la synthèse juridique des notions extra-patrimoniales.

SOUS-SECTION 1

DES DIVERSES PREROGATIVES D'ORDRE MORAL RECONNUES A L'AUTEUR

111. — Plan.

Sans avoir ici la prétention de faire de l'exercice et du contenu du droit moral une étude approfondie, puisqu'aussi bien de nombreux travaux se sont occupés de ce sujet ⁽¹⁾, nous voulons seulement donner un aperçu sommaire des prérogatives qu'il convient de considérer comme des applications de ce droit. Pour exposer ces différentes prérogatives, il convient de distinguer plusieurs périodes dans la vie d'une œuvre artistique ou littéraire ; la première s'étend de la conception de l'œuvre

111. — (1) Cf. surtout à propos du contenu du droit moral : M-Nouaros, *op. cit.*, p. 180 et suiv.

jusqu'à sa publication, la deuxième de la publication à la mort de l'auteur, la troisième et dernière période commence à sa mort. Nous laisserons de côté, pour le moment, l'étude du droit moral après la mort de l'auteur ⁽²⁾, car le problème de la survivance du droit moral de l'auteur n'intéresse pas directement l'objet immédiat de notre étude.

Nous diviserons donc notre travail en deux parties : 1° de la conception de l'œuvre à sa publication ; 2° du jour de la publication de l'œuvre à la mort de l'auteur.

112. — Attributs du droit moral durant la première période : de la conception de l'œuvre à la publication.

Pendant cette période, l'auteur est entièrement maître de son œuvre ; lui seul peut savoir qu'il est prêt à en prendre la responsabilité morale et intellectuelle ; il exerce sur l'œuvre inédite une pleine souveraineté morale. Un auteur récent ⁽¹⁾ fait état, dans son étude du contenu du droit moral, de la liberté de penser ou de créer : nous croyons que c'est une erreur, car, avant la publication, le droit qu'exerce l'auteur sur son œuvre est si intime qu'il se confond vraiment avec sa faculté de penser : il y a là toute une série de faits intellectuels, toute une suite d'opérations purement intérieures que les tiers ignorent ; quelle qu'en puisse être leur envie, il ne dépend pas d'eux d'y porter atteinte. « La liberté de penser n'est donc pas un droit véritable, la loi ne pouvant ni ne voulant régir des pensées, ni des sentiments connus de celui-là seul qui les conçoit et les éprouve ».

« C'est une pure faculté dont l'exercice indépendant et souverain appartient à l'auteur, sans avoir besoin d'être garanti par aucune loi, par la raison qu'il échappe complètement à l'agression d'autrui : nous ne sommes pas ici

(2) Voir n° 200.

112. — (1) de Gorguette d'Argœuves : Du droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire, *thèse* Lille 1924, p. 79 et suiv.

dans la sphère du droit, mais dans celle de la conscience et la loi est aussi impuissante à réglementer la faculté dont il s'agit qu'à la conférer ou à la détruire » (2).

Ainsi, jusqu'à la publication, l'auteur doit être le maître absolu de sa pensée : c'est l'évidence même, écrit M. Pierre Masse (3). Il est non pas le propriétaire, mais le maître absolu de son œuvre.

Maître de sa pensée, il l'est encore des brouillons, des ébauches où il a matériellement tenté de la rendre (4).

M. Gorguette d'Argœuves étudie ensuite, comme rentrant dans le contenu du droit moral, le droit au repentir avant la publication, puis la liberté de publication : nous pensons qu'il est inutile, et même inexact, de discerner un droit au repentir avant publication. La liberté de penser et de créer peut-elle entraîner la liberté de destruction de l'œuvre, un « droit au repentir » existe-t-il, alors que l'œuvre achevée n'est pas publiée ? se demande M. d'Argœuves. Il convient de poser différemment la question. De quoi s'agit-il, en effet ? Ou bien l'auteur n'est engagé envers personne, sa liberté de destruction comme sa liberté de penser appartient à la sphère de la conscience, et non à celle du droit ; ou bien, l'auteur s'est engagé envers un éditeur ou un portraitiste, envers une personne qui lui a passé une commande ; l'écrivain ou l'artiste se met au travail, mais mécontent de son œuvre, il refuse de la livrer, alors que son co-contractant en exige la livraison : ce sont les deux hypothèses possibles et M. d'Argœuves les a lui-même distinguées (5). La seule prérogative d'ordre moral que l'on puisse, avant la pu-

(2) Morillot : De la protection accordée aux œuvres d'art dans l'Empire d'Allemagne, Paris et Berlin, 1878, p. 109.

(3) Pierre Masse : Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique, thèse Paris 1906, p. 46.

On se trouve cependant devant des contrats par lesquels les auteurs s'engagent envers des tiers à produire une œuvre : il s'agit de la création d'une œuvre future. Sur le rôle du droit moral sur ce point, voir M-Nouaros, p. 183 et suiv.

(4) P. Masse, *op. cit.*, p. 46.

(5) G. d'Argœuves, *op. cit.*, p. 87-89.

blication, rattacher au droit moral de l'auteur, est donc le droit pour l'écrivain de choisir le moment où il fera connaître son œuvre. Il peut se raviser, estimer l'œuvre indigne de lui, la polir une fois encore, la remettre sur le métier. Il peut juger l'œuvre immorale et, pris de remords, se refuser à lui faire voir le jour. Il est maître de publier ou non : il est maître de choisir l'heure de la publication ⁽⁶⁾. Tels sont les attributs du droit moral avant la publication.

Deux problèmes juridiques se posent : 1° que décider lorsque l'œuvre a été composée en collaboration ? 2° que décider lorsqu'un contrat est intervenu entre une personne et un portraitiste, par exemple ?

1° Conflit dans l'exercice de droits moraux égaux, par exemple dans le cas d'une œuvre composée en collaboration. — Si l'un des collaborateurs s'oppose à la publication, il semble que cette manifestation de volonté n'aura pas pour effet d'empêcher la publication : en effet, comme le remarque M. Perraud-Charmantier ⁽⁷⁾, le droit moral de l'auteur dissident peut être respecté par la suppression de son nom sur l'œuvre. Si le collaborateur refuse de consentir à la publication, c'est qu'apparemment, il la juge indigne de paraître sous son nom.

2° L'auteur ou l'artiste a-t-il le droit de ne pas livrer son œuvre, malgré une convention intervenue précédemment, qu'il a acceptée ? La principale décision de justice intervenue en cette matière est l'arrêt rendu à propos de l'affaire Whistler ⁽⁸⁾. Le portrait de sa femme fut com-

(6) Cf. J. Rault, *op. cit.*, p. 45 : « La plupart des auteurs négligent, lorsqu'ils étudient l'élément qu'ils qualifient droit moral, d'y comprendre cette faculté, cependant primordiale, qui fait l'auteur seul juge de l'opportunité de la publication ». V. Paris, 26 avril 1938, S. 1939.2.17 (aff. Paul Raynal).

(7) Perraud-Charmantier : De l'exercice du droit moral de l'auteur ou de l'artiste sur son œuvre, d'après la jurisprudence française, *Rev. critique* 1937, p. 127 et note 1.

(8) Tribunal civil Seine, D. 1898.2.165.

Conclusions avocat général Bulot, Pand. fr. 1898.2.41.

Cassation : S. 1900.1.489 ; D. 1900.1.497 ; *Gaz. Pal.* 1900.1.498, avec les conclusions de M. l'avocat général Desjardins. Comp. Paris, 4 juillet 1865, D. P. 65.2.201, S. 65.2.233, aff. Rosa Bonheur ; Trib. Seine,

mandé à cet artiste par Sir Eden : l'œuvre terminée fut exposée au Salon du Champ-de-Mars, sous la rubrique « Brun et Or, portrait de lady E. ». Eden demanda alors la livraison du tableau, l'artiste refusa.

Il importe de noter, à propos de cette espèce, que l'œuvre du peintre avait été exposée et il nous semble que cette circonstance de fait est capitale : il est bon de sauvegarder la liberté de l'artiste, non ses caprices. Le Tribunal civil de la Seine considéra que le contrat intervenu était à l'origine une obligation de faire, qui s'était transformée en une vente lors de l'achèvement de l'œuvre. Il ordonna au peintre de livrer le tableau sous peine d'une astreinte. La Cour de Paris confirma le jugement en ce qui concerne les dommages-intérêts, sauf en ce qui concerne l'obligation de livrer le tableau.

M. Planiol, dans une note critique ⁽⁹⁾, analyse différemment la situation juridique ; pour lui, l'artiste doit : 1° exécuter l'œuvre qu'on lui a demandée ; 2° livrer son travail une fois qu'il le juge fini. Cette dernière obligation est une obligation de donner, elle constitue nécessairement une vente puisqu'elle est contractée à prix d'argent.

Sur pourvoi de M. Eden, la Cour suprême confirma l'arrêt de la Cour de Paris. Les conclusions de l'avocat général Bulot devant la Cour de Paris, comme celles de l'avocat général Desjardins devant la Cour de Cassation, reconnaissent à l'artiste la faculté de ne pas livrer son œuvre, mais la Cour de Cassation ne rattache pas cette prérogative au droit moral de l'artiste, alors qu'elle est certainement un attribut du droit moral.

Que dire de la solution de la Cour de Cassation ? Il semble, d'après les circonstances de l'espèce, qu'il y avait lieu de condamner le peintre à des dommages-intérêts :

28 juin 1924, *Gaz. Trib.* 1925.2.9 ; *Trib. Seine* 19 mai 1925, aff. Rodin, *Rev. trim.* 1926, p. 761, n° 15 ; *Rev. trim.* 1928, p. 144, n° 19 ; Voir à propos du droit d'agrément du client, *Rev. trim.* 1933, p. 509, n° 63.

(9) Note Planiol, *D. P.* 1898.2.465. — Cf. : M-Nouaros, p. 191, note 1.

en effet, la période de conception, la phase d'essai était terminée ; le peintre avait exposé son œuvre en public ; or, par la publication, l'œuvre entre dans le domaine du droit. Il y avait une faute certaine à la charge du peintre ; la rubrique portait les initiales facilement reconnaissables du modèle.

Mais les circonstances de fait et les principes de droit doivent-ils conduire à imposer à Whistler l'obligation de livrer le tableau, sous peine d'astreinte ? En vertu de son droit moral, l'artiste n'est pas lié par une obligation de faire, ou si l'on veut par une obligation de faire qui deviendrait ensuite une obligation de donner ⁽¹⁰⁾. L'artiste ne saurait être contraint de livrer son œuvre, il est maître de la modifier, de la détruire, à plus forte raison de ne pas la livrer ; mais on pouvait reprocher au peintre Whistler d'avoir exposé en public l'œuvre qu'il ne voulait pas livrer ; son attitude laissait supposer qu'il refusait par caprice de livrer un tableau jugé cependant digne d'être exposé. La décision de la Cour de Cassation est donc satisfaisante, et si l'on tient compte de l'argument que nous avons présenté, on aboutit à la conclusion suivante ⁽¹¹⁾ : l'artiste n'est soumis à aucune contrainte ; cependant, cette liberté ne saurait aller jusqu'à exposer en public l'œuvre commandée et qu'il a refusé de livrer. Si l'œuvre est réussie, le peintre doit la livrer ou la garder secrète ; il ne pourrait l'exposer sans l'autorisation du modèle, lequel n'a consenti à poser que dans l'espoir de posséder son image. Si le peintre ne consent pas à se dessaisir de son œuvre, il devra ne pas la rendre publique.

Ainsi la solution de l'affaire Whistler doit être approuvée, mais il est préférable de la rattacher à d'autres principes que ceux adoptés par la Cour de Cassation.

(10) G. d'Argœuves, *op. cit.*, p. 94.

(11) Dans ce sens M-Nouaros, nos 110, 111, 112, p. 188 et suiv. Cf. jurispr. postérieure à l'arrêt Whistler, p. 189, note 1.

113. — Attributs du droit moral, durant la deuxième période : de la publication à la mort de l'auteur.

Par la publication, l'auteur livre son œuvre, c'est-à-dire lui-même, à la discussion ; cette période est évidemment celle où les atteintes au droit moral seront les plus variées. Cependant nous serons ici extrêmement brefs, car cette matière a été très étudiée.

— L'auteur a droit au respect de l'intégrité de son œuvre ; celle-ci ne peut être modifiée sans son consentement.

— Il a droit au respect de son nom, lequel doit figurer sur l'œuvre. En matière artistique, si l'acheteur d'un tableau supprime la signature du peintre, ce dernier pourra exiger qu'on rétablisse sa signature, mais seulement si l'œuvre est exposée ou vendue ; si le tableau modifié, propriété privée de celui qui a effacé la signature, reste à son domicile privé, il échappe au droit d'auteur ; mais l'exhibition publique ou la vente expose aux légitimes poursuites du peintre ⁽¹⁾.

— L'auteur a le droit de modifier son œuvre, d'en arrêter la reproduction ⁽²⁾, de détruire les exemplaires publiés, s'il parvient à les retrouver ⁽³⁾.

En bref, deux questions principales se posent : 1° comment résoudre un conflit possible dans l'exercice de droits moraux égaux, en cas de collaboration ? 2° quelle solution donner lorsque le droit moral se heurte aux droits des cessionnaires ?

1° Conflit dans l'exercice de droits moraux égaux. — Deux principes sont appliqués par la jurisprudence :

113. — (1) Potu : Le droit moral de l'auteur sur son œuvre, *Ann. droit comm.* 1909, p. 224.

Comp. Paris 20 nov. 1935, S. 1936.2.169, note Gény (hypothèse d'un auteur de maquettes pour les décors d'un théâtre).

(2) Cour d'appel d'Angers, 22 oct. 1938, *Gaz. Pal.* 1939.1.44, Général de la Laurencie c/ Sté des Editions de l'Ouest.

(3) MM. Smoschewer et de Boor repoussent le caractère personnel du droit au respect et du droit de modification de l'œuvre. Sur la réfutation de cette opinion, voir M-Nouaros, *op. cit.*, n° 40, p. 74 et suiv.

l'œuvre est indivisible, les collaborateurs sont égaux. Donc la modification de l'œuvre exigera le consentement unanime des auteurs : l'autorisation du parolier ne suffira pas pour faire des coupures dans un opéra, il faudra celle du compositeur ; le collaborateur dont le nom aura été sans sa volonté omis sur le titre de l'ouvrage, pourra faire reconnaître sa qualité par les tribunaux.

Que décider si l'un des collaborateurs seulement veut exercer le droit de retrait ? L'ouvrage pourra demeurer en circulation, à condition que le droit moral de l'auteur dissident soit respecté : un avertissement de quelques lignes, inséré dans les exemplaires demeurant en vente, serait peut-être de nature à mettre en repos la conscience de ce collaborateur (4).

2° Conflit du droit moral et des droits des cessionnaires de l'œuvre. — Si l'auteur procède lui-même à la publication de son œuvre, le droit moral conserve le caractère absolu que nous lui avons reconnu pendant la période précédente (5). Que devient le droit moral lorsque l'œuvre a fait l'objet d'une cession régulière ? Est-il admissible que l'auteur puisse, en excipant de son droit moral, déposséder son cessionnaire ?

Certains auteurs ont admis un droit absolu pour l'auteur, même au cas de cession sans réserve du droit pécuniaire, et malgré l'opposition de l'éditeur, de retirer de la circulation l'œuvre cédée. Il faut, dit-on, donner à l'auteur le moyen de se soustraire à des responsabilités qu'il ne veut plus courir (6). Mais une semblable prérogative offre le plus grand danger entre les mains d'un auteur malhonnête ou simplement capricieux : lui accorder, après la publication de l'œuvre, le droit au repentir,

(4) Perraud-Charmantier : Article *Rev. crit.* 1937, p. 123-125. — Cons. M-Nouaros, n° 93 et s., p. 166 et s.

(5) Cabrillac, p. 65 ; P. Masse, p. 51 ; Perraud-Charmantier, p. 113 et note 1, p. 114.

(6) Darras : *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris 1887, p. 57, n° 41 et note 1 ; Gorguette d'Argœuves, *op. cit.*, p. 103.

n'est-ce pas excessif et aller à l'encontre de la force exécutoire des contrats synallagmatiques ? La profession d'éditeur devient aléatoire et une semblable théorie n'est pas seulement dangereuse pour le cessionnaire, « elle l'est pour les auteurs qui trouveraient difficilement à conclure des contrats, si la résolution en devait être amenée par une telle condition potestative » (7).

Quelque solution qu'on adopte, on aboutit à des résultats peu satisfaisants (8) ; on ne peut mettre l'éditeur à la merci de l'auteur en tolérant l'exercice du droit de retrait de l'œuvre ; si l'on décide que l'auteur peut interrompre la publication moyennant indemnité, on expose l'éditeur aux risques d'insolvabilité de l'auteur. Si l'on permet au cessionnaire de continuer la publication malgré les légitimes protestations de l'auteur, on place ce dernier dans une situation intolérable : si l'on permet à l'éditeur de continuer la publication, mais en autorisant l'auteur à désavouer publiquement son œuvre, l'ouvrage se vendra peut-être moins et le droit du cessionnaire n'est guère mieux garanti.

Quelle conclusion donner à ce débat ? Il y a eu vente, il y a eu contrat : l'auteur a jugé son œuvre digne de lui, il s'est senti prêt à en assumer la responsabilité, responsabilité qu'il a acceptée dans toute son étendue. Dès lors l'éditeur qui observe scrupuleusement le contrat ne commet aucune faute (9). Ce qui importe à la réputation de l'auteur, c'est que le public connaisse ses scrupules moraux ou littéraires. La suppression de l'ouvrage serait un remède illusoire puisqu'une ou plusieurs éditions auraient été mises en vente et les exemplaires de dépôt remis aux bibliothèques publiques (10).

(7) P. Masse, p. 52.

(8) Potu, *art. cit.*, 1909, p. 295 (*Ann. dr. comm.*) ; Cf. J. Rault, *op. cit.*, p. 351-353.

(9) L'éditeur doit-il communiquer à l'auteur, avant de la publier, la traduction de son livre ? Voir chronique Demogue, *Rev. trim.* 1936, p. 187, n° 23 ; Paris, 23 juillet 1935, S. 1935.2.207.

(10) P. Masse, *op. cit.*, p. 54-55.

L'auteur ne pourra rompre le contrat qui le lie à son cessionnaire ; l'auteur pourra, dans la presse ou dans d'autres ouvrages, réprouver les idées émises, et l'éditeur, d'autre part, devra maintenir rigoureusement les indications qui sont de nature à faire connaître la date d'apparition du livre ; il ne devra pas rééditer sans date ou avec une date inexacte, donner sur la couverture de l'ouvrage des qualités acquises postérieurement au contrat d'édition primitif. Il faut et il suffit que l'œuvre soit située exactement dans le temps ⁽¹¹⁾.

D'ailleurs le véritable remède à cette situation doit être une limitation dans la durée des effets du contrat de cession ⁽¹²⁾. Le projet de 1936 ⁽¹³⁾ règle la durée de l'engagement des parties : elles peuvent conclure un contrat d'édition à durée indéterminée, mais l'article 26 prévoit qu'en ce cas, chaque partie peut en faire cesser l'effet au moyen d'une dénonciation signifiée au moins six mois à l'avance. Elles peuvent également contracter en vue d'une édition unique ou d'un nombre déterminé d'éditions (art. 32) ; enfin, les intéressés peuvent ne point prévoir au contrat le nombre d'éditions et traiter pour une durée déterminée : l'article 32, paragraphe 1, dispose alors que cette durée ne peut en aucun cas excéder dix années.

Signalons en terminant un cas un peu spécial : l'affaire Anatole Thibaut, dit Anatole France, contre l'éditeur Lemerre ⁽¹⁴⁾. L'éditeur était en possession du manuscrit d'une Histoire de France écrite par A. France, depuis le 25 février 1882 ; il ne se mit en devoir de le publier qu'en 1909. Anatole France s'y opposa ; depuis 1882, une énorme documentation avait paru ; M. Lavisce avait fait paraître son histoire chez Hachette avec des références postérieures à 1882. L'auteur jugea son œuvre impubliable ; le Tribunal de la Seine ordonna la restitution du manuscrit, l'in-

(11) P. Masse, *op. cit.*, p. 54-55.

(12) Potu, *art. cit.*, p. 295.

(13) Voir Escarra, Rault et Hepp, *op. cit.*, n° 75.

(14) Trib. civ. Seine, 4 déc. 1911, *Pat.* 1912.1, p. 98, art. 4989.

terdiction de publier l'œuvre et jugea inopérantes les mentions que l'éditeur proposait de mettre en tête de l'ouvrage ; elles ne pouvaient obvier au préjudice résultant pour l'auteur d'une publication jugée par lui tardive et inopportune. Ainsi, il ne s'agit pas ici du droit de repentir après publication, il ne s'agit pas de livrer ou non un manuscrit à un éditeur, en vertu d'une convention passée avec lui : le manuscrit est en la possession de l'éditeur, mais celui-ci ne rend le manuscrit public que longtemps après son achèvement par l'auteur. Pour nous, tant que le manuscrit n'est pas rendu public, l'auteur est maître de sa pensée, il lui suffit de ne pas signer le bon à tirer. Evidemment, l'espèce précitée était particulière en raison du temps qui s'était écoulé entre la remise du manuscrit et sa publication, mais il serait inadmissible, à moins de circonstances exceptionnelles, qu'un mois seulement après la remise de son manuscrit, un auteur déclarât en interdire la publication sous prétexte qu'il ne correspondrait plus à son idéal artistique. En ce cas, le contrat d'édition devrait jouer.

114. — Des sanctions concernant la protection des intérêts moraux de l'auteur.

Différents moyens techniques permettent d'assurer la protection de la personnalité de l'auteur : il importe donc de les résumer ici.

Les règles régissant cette protection comportent des sanctions civiles et des sanctions pénales :

1° Sanctions civiles : D'après la doctrine et la jurisprudence dominantes, le droit moral a pour sanction une action civile tendant à obtenir du juge soit la réparation du préjudice causé, soit la prescription de mesures destinées à empêcher la continuation du dommage ⁽¹⁾. L'allocation de dommages-intérêts en réparation de la lésion

114. — (1) Cons. M-Nouaros, p. 300 et suiv., n° 176 ; voir p. 301, n° 177, note 1, l'action provocatoire ; et surtout n° 178 et 179.

injuste n'a rien qui doive surprendre : le tort moral ne se répare jamais autrement. Le juge peut ordonner certaines mesures que le défendeur doit accomplir sous astreinte : insertions appropriées dans l'œuvre ou dans des publications périodiques, destruction totale des œuvres illicites, suppression des passages incriminés, etc... Il conviendra de déterminer la base juridique de cette action civile.

2° Sanctions pénales : L'action pénale dérivant de la loi du 9 février 1895 sur les fraudes artistiques ⁽²⁾, sanctionne les atteintes au droit moral, résultant de l'usurpation des noms, signatures et signes des auteurs d'œuvres de peinture, de sculpture, de dessin, de gravure ou de musique. Cette protection est donc assez restreinte, puisqu'elle laisse en dehors de son domaine, les auteurs d'œuvres littéraires ou dramatiques ; d'autre part, toutes les infractions ne touchent pas à l'usage frauduleux du droit de paternité sur l'œuvre.

La loi du 9 février 1895 est-elle donc la seule sanction pénale du droit moral ? Peut-on qualifier de contrefaçon (art. 425 Code pénal) l'atteinte au droit moral ?

Il faut répondre à cette question par l'affirmative, écrit M. Perraud-Charmantier ⁽³⁾ et si M. Pierre Masse résoud la controverse par la négative ⁽⁴⁾, pour M. G. d'Argœuves la contrefaçon apparaît comme l'exercice du droit moral devant la juridiction répressive ⁽⁵⁾. L'auteur peut intenter l'action en contrefaçon contre les délinquants, alors même qu'il aurait cédé son droit pécuniaire.

Pour que l'auteur triomphe dans son action, il faut qu'il s'agisse d'une œuvre protégée par la loi de 1793 ⁽⁶⁾. La contrefaçon est-elle exclusive de la bonne foi ? Certains auteurs veulent faire de la contrefaçon un délit contra-

(2) *D.* 1895.4.69.

(3) Perraud-Charmantier, *art. cit.*, p. 149 : nous renvoyons à cet article en ce qui concerne les principales références.

(4) P. Masse, *op. cit.*, p. 86-87.

(5) G. d'Argœuves, *op. cit.*, p. 124 ; voir également J. Rault p. 377 ; M-Nouaros, p. 311 et suiv., n° 183.

(6) P. Charmantier, *op. cit.*, p. 153.

ventionnel, mais cette prétention semble excessive : si l'agent est de bonne foi, il n'y a pas délit ⁽⁷⁾ ; cependant, il existe, semble-t-il, une présomption de mauvaise foi contre le contrefacteur par la constatation même de la contrefaçon, présomption qu'il devra détruire par la preuve contraire.

Signalons enfin comme sanction efficace du droit moral, l'exercice du droit de réponse par l'auteur (art. 13 de la loi du 29 juillet 1881, modifiée par celle du 29 septembre 1919) ⁽⁸⁾.

115. — Conclusion.

Nous venons de résumer sommairement divers attributs que l'on rattache traditionnellement au droit moral ; sans avoir traité d'une manière complète cette question, nous avons montré, croyons-nous, les divers intérêts extra-patrimoniaux de l'auteur ou de l'artiste, que protégeait la jurisprudence. Il existe également une protection des intérêts moraux de l'inventeur : l'inventeur pourra prendre le titre et la qualité d'inventeur même après la cession du brevet à une autre personne qui ne saurait, elle, prétendre à ce titre et à cette qualité ⁽¹⁾ ; certaines législations étrangères reconnaissent à l'employé-inventeur ⁽²⁾, dans le cas où le brevet est pris au nom de la firme qui l'emploie, le droit d'être nommé dans le titre de brevet comme inventeur, droit qui lui permet de faire reconnaître son mérite ; un savant, employé dans une firme industrielle a le droit de s'opposer à ce qu'on utilise ses études avant qu'elles ne soient entièrement au point, ce qui serait de nature à

(7) P. Charmantier, *op. cit.*, p. 150.

(8) G. d'Argœuves, *op. cit.*, p. 124-130.

115. — (1) Cass. 15 mars 1892, *Journ. Pal.* 1892.150 ; Rennes, 12 mars 1855, *Ann. Pataille* 1855.183. — Voir aussi à propos d'une poursuite intentée contre un industriel concurrent qui usurpait le titre d'inventeur, Paris, 10 nov. 1887, *Ann.* 1889.115.

(2) Cf. Aimé Porte : Les droits de l'employé inventeur, *Th. Lyon*, 1937. — V. note Pic, *D. P.*, 1926.2.33.

compromettre sa réputation⁽³⁾. Il existe également un droit moral de l'architecte⁽⁴⁾, de l'artiste-exécutant⁽⁵⁾, du journaliste⁽⁶⁾, du compositeur de musique⁽⁷⁾.

La protection de divers intérêts extra-patrimoniaux, relatifs à la personnalité intellectuelle, est donc assurée⁽⁸⁾. Il s'agit maintenant de se demander si véritablement existe un « droit » moral et, en cas d'affirmative, quelle est sa nature juridique.

(3) Voir le rapport de M. André J.-L. Breton au nom de la Commission de l'Enseignement et des Beaux-Arts pour revendiquer le droit moral de l'inventeur, *J. O. Ch. Députés*, 14^e législature, n° 2405, 3699, 4839, les thèses de S. Munier, Les droits des auteurs de découvertes ou d'inventions scientifiques, Nancy, 1925, G. Nette, thèse Nancy, 1925.

Cons. P. Roubier, *op. cit.*, *Rev. trim.* 1935, p. 269 ; P. Roubier, L'influence des conceptions nationales-socialistes sur le droit de l'inventeur (loi allemande du 8 mai 1936), *Recueil d'Etudes en l'honneur de M. Edouard Lambert*, tome 3, p. 291, par. 155 (voir not. p. 300) ; Piola-Caselli. Il diritto morale dell' inventore *Riv. dir. civ.* 1935.597 ; Perraud-Charmantier, *op. cit.*, p. 89-90. — Paul Olagnier : Le droit des savants, *Lib. Gén.*, Paris, 1937.

V. Paris, 10 juillet 1931, *Gaz. Pal.* 15 oct. 1931, *Gaz. Trib.* 27 nov. 1931. *Ann.* 1932.353, *Rev. trim. dr. civ.* 1931.906 ; Ch. civ. 14 déc. 1936, S. 1937.1.70 ; *Rev. trim.* 1937, n° 38, p. 374. Le Trib. civil de la Seine a jugé le 12 mars 1914 que le savant qui a livré des analyses et une notice relative à des produits alimentaires, peut interdire un mode d'usage et une réclame tapageuse, de nature à porter atteinte à sa dignité. *Trib. civ. Seine*, 12 mars 1914, *Gaz. Trib.* 30 sept. 1914. — Sur le droit d'un médecin relativement aux observations scientifiques faites dans un service, voir *Rev. trim. dr. civ.* 1929, p. 438, n° 25.

(4) Sur le droit moral de l'architecte, *Rev. trim.* 1931, p. 153, n° 74 ; Perraud-Ch., *op. cit.*, p. 91 et note Levasseur, S. 1935.2.121 (voir p. 123, col. 2 et 124, col. 1) sous Amiens, 21 fév. 1935.

(5) Sur le droit moral de l'artiste-exécutant, P.-Ch., *op. cit.*, p. 97. — R. Homburg : Le droit d'interprétation des acteurs artistes exécutants, *Sirey* 1930. — Paul Olagnier : Le droit des artistes interprètes et exécutants. — Liane Lehman : Le droit de l'artiste sur son interprétation, thèse Paris 1935. — Note Toulemon, S. 1938.2.57, s/ *Trib. civ. Seine*, 23 avril 1937.

(6) Sur le droit moral du journaliste, P. Ch., *op. cit.*, 95. — La proposition de loi Guernut déborde du cadre du droit d'auteur pour tomber dans le domaine du contrat de louage de services ; il ne faut pas confondre par ailleurs droit moral et intérêt moral ; dans le fait d'un journaliste contraint de quitter le journal où il est rédacteur sous prétexte de la nouvelle orientation politique, il y a peut-être un intérêt moral violé, mais certainement pas une violation du droit moral. Voir p. 96-97 et note 1, p. 97.

SOUS-SECTION 2

DE L'EXISTENCE ET DE LA NATURE JURIDIQUE
DU DROIT MORAL

116. — Position du problème.

Nous venons de montrer comment les divers intérêts extra-patrimoniaux relatifs à la personnalité intellectuelle sont protégés. Deux problèmes se posent alors, comme en toute matière extra-patrimoniale: 1° existe-t-il un « droit » moral de l'auteur ? 2° s'il existe un droit, quelle est sa nature ? Dans quelle catégorie peut-on le classer ?

Paragraphe 1.

DE LA NOTION JURIDIQUE DE DROIT MORAL

117. — Négation par certains auteurs de l'existence d'un droit moral.

Certains jurisconsultes contestent que l'on puisse réunir sous une dénomination unique les différents moyens techniques qui permettent à l'auteur de mettre en œuvre cette conception toute intellectuelle de la défense de sa personnalité.

Huard disait déjà ⁽¹⁾ : « Les facultés que l'on considère

(7) Paul Berthier : La protection légale du compositeur de musique, *thèse* Dijon 1936, p. 139-159. — Cf. Paris, 1^{re} ch., 29 juillet 1938, *Gaz. Trib.* 29 octobre 1938 (aff. Henri Rabaud).

(8) Voir encore à propos du droit moral : Jacques Berthomé, Des droits de l'auteur en matière de reproduction phonographique, cinématographique et radiophonique, *thèse* Rennes 1934, p. 61-71. — Claude Mayer, Quelques aspects du droit d'auteur en matière de cinématographie, *thèse* Paris 1935, p. 114-130. — C. d'Etat 3 avril 1936, *D. P.* 37.3.57, note Waline (aff. Sudre).

Sur le droit au titre, voir la note de M. Perreau, *S.* 1935.2.81 et celle de M. Desbois, *D. P.* 1938.1.97.

117. — (1) Huard : De divers droits qu'il ne faut pas confondre avec la propriété intellectuelle, *Le Droit d'auteur*, 1899, n° 202.

comme inhérentes au droit moral, diffèrent trop les unes des autres pour qu'il soit possible de les grouper sous une dénomination, comme on fait depuis un temps immémorial, pour les attributs de la propriété ». « Si l'on tient à l'expression de droit moral, il faut dire, continuait-il, qu'il existe au profit des écrivains, des artistes, et des inventeurs, non un droit moral, mais des droits moraux ».

Pour un auteur moderne, M. Rault, il serait impossible d'assigner un fondement juridique unique aux différentes actions destinées à protéger l'auteur contre les atteintes qui peuvent être portées à sa personnalité : il n'existerait qu'un lien artificiel entre les différentes applications de la théorie du droit moral qui n'aurait ainsi qu'un semblant d'unité ⁽²⁾.

M. Silz a essayé d'établir le mal-fondé de cette négation ⁽³⁾, nous utiliserons souvent son argumentation ; il nous faut cependant, avant de prendre position dans cette controverse, étudier une théorie négative importante, nous voulons parler de la théorie délictuelle.

118. — Théorie délictuelle ou quasi-délictuelle.

Nous avons vu que la jurisprudence applique généralement l'article 1382 du Code civil, comme moyen de protection de la personnalité de l'auteur.

Il est donc normal de rencontrer une théorie négative, comme nous l'avons observé à propos de toute situation extra-patrimoniale : à vrai dire, cette conception s'est manifestée moins nettement ici qu'en ce qui concerne le secret des correspondances par exemple ⁽¹⁾.

Cependant, nous pouvons trouver des formules résumant clairement cette conception dans l'excellente thèse de M. Pierre Masse ⁽²⁾ : « On ne peut, au point de vue

(2) Rault, *op. cit.*, p. 335 et 337.

(3) Silz, *op. cit.*, Rev. trim. dr. civ. 1933, p. 331.

118. — (1) Voir n° 90.

(2) P. Masse, *op. cit.*, p. 32-33.

juridique, dire que la réputation d'un auteur constitue pour lui un objet de droit ; on ne peut dire qu'il ait sur sa gloire un droit privatif opposable aux tiers. La vérité est que l'auteur peut s'opposer à toute atteinte qui viendrait frapper son œuvre, parce qu'à travers elle, c'est lui-même qui est frappé. Chaque fois que l'œuvre est diminuée dans l'opinion des hommes, la personnalité de l'écrivain se trouve amoindrie ; l'œuvre comme source de responsabilité se confond avec son auteur. Il n'y a donc pas à proprement parler de droit moral de l'auteur sur son œuvre ; il y a simplement à propos de l'œuvre, application de cette vérité fondamentale, supérieure à toute législation positive : que la liberté de chacun doit être protégée contre les outrages dont elle peut être l'objet, vérité qui a trouvé son expression dans l'article 1382 du Code civil. Si l'on parle, si nous parlons de droit moral, c'est que cette expression fournit un moyen commode de désigner une application particulière du principe que nous venons de rappeler. Le droit moral est le droit de faire respecter un individu *sub specie operis*, comme le droit d'atteindre la diffamation est celui de faire respecter cet individu *sub specie honoris*. Mais au point de vue absolu, il n'y a pas plus de droit moral de l'auteur sur son œuvre que de droit moral de l'individu sur son honneur. Il ne faut pas que cette expression crée d'ambiguïté nouvelle en une matière déjà si confuse : le droit moral n'est qu'un droit négatif, le droit de demander réparation de tout délit ou quasi-délit qui vient léser dans ses intérêts intellectuels la personnalité de l'auteur ».

Ainsi, le « droit moral » se confond avec le droit négatif de demander réparation. Les conséquences d'ordre privé qui se déduisent du droit moral subsistent, mais l'appui d'un droit spécial peut paraître illusoire. Quel serait, d'autre part, le fondement de ce droit ? Nulle base positive ne peut être trouvée dans les textes ; il ne reste pour étayer ce droit qu'une idée élevée de personnalité et de

liberté de l'auteur, elle est bien vague pour fonder un droit propre.

Au surplus, les dérogations que l'on est obligé d'apporter à ce droit, au cas de cession du droit pécuniaire notamment, en condamnent le principe.

Nous ne croyons pas que cette théorie résiste à la pratique : — nous pouvons répondre tout d'abord que nous dépassons souvent l'application normale de l'article 1382. Le principe de la protection de la personnalité de l'auteur s'applique, avant même que le dommage ne soit causé. C'est, par exemple, le cas dans l'espèce précitée Anatole France contre l'éditeur Lemerre : Anatole France s'opposait à la publication avant tout dommage, parce qu'il jugeait son œuvre impubliable (3) ; le droit de réponse, par ailleurs, constitue un mode de protection du droit moral tout à fait particulier. L'article 1382 du Code civil ne paraît pas pouvoir s'appliquer à la protection de la personnalité des morts (4) — surtout, cette théorie est uniquement négative : pour que l'article 1382 puisse recevoir application, deux éléments sont nécessaires ; la faute constitue l'élément capital de la responsabilité civile : convient-il de voir une faute dans l'atteinte à la personnalité intellectuelle ? Tel est le problème qu'il faut résoudre.

On a mis en doute, la nécessité de la deuxième condition de l'action, à savoir l'existence d'un préjudice. M. Achille Mestre écrit notamment (5) : « Cette violation de la personnalité est réprimée par les tribunaux, alors même qu'aucun préjudice apparent n'aurait été causé à l'auteur ».

La jurisprudence relative aux conditions d'exercice de l'action destinée à assurer le respect du droit moral de l'auteur serait, d'après M. Rault, incompatible avec l'application au moyen de l'article 1382 de la protection de

(3) Pat. 1912, 1^{re} partie, p. 98, art. 4989.

(4) Cf. n° 200 *in fine*.

(5) Préface à Marc Escholier (le phonographe, thèse Paris 1930), p. 11.

la personnalité de l'auteur : le juge ne peut en effet appliquer l'article 1382 qu'après avoir reconnu les caractères dommageables pour la victime du fait dont elle se plaint ; or, affirme M. Rault, il en est tout différemment en matière de droit moral : « Il ressort, écrit-il ⁽⁶⁾, de l'étude minutieuse des arrêts innombrables rendus en la matière, que les tribunaux considèrent que leur rôle doit en pareille hypothèse se borner à la constatation en quelque sorte matérielle de l'infraction : correction, coupure, addition et qu'il ne saurait se faire juge du tort causé à l'auteur par ladite infraction ».

Nous croyons avec M. Perraud-Charmantier ⁽⁷⁾ qu'il n'y a là qu'une apparence trompeuse : le préjudice résulte nécessairement de la preuve de l'atteinte à la personnalité. Le juge du fait appréciera souverainement la pertinence des faits offerts en preuve ; l'atteinte aux sentiments intimes de l'auteur qui apparaît comme suffisamment grave pour être considérée comme constitutive d'une atteinte à la personnalité proprement dite, a nécessairement causé à l'auteur un préjudice moral ⁽⁸⁾. Ce n'est pas là un cas unique en droit positif français puisqu'en matière de droit au nom ⁽⁹⁾ ou de droit à son image ⁽¹⁰⁾, la preuve directe de l'existence d'un préjudice n'est pas exigée.

M. Silz parle de présomption de préjudice ; sans employer cette expression, disons simplement que la simple vraisemblance conduit les tribunaux à reconnaître l'existence d'un préjudice moral, toutes les fois que l'on apporte la preuve de certains faits, de la reproduction infidèle de l'œuvre, par exemple.

Comme le note M. Perraud-Charmantier ⁽¹¹⁾, on pour-

(6) Rault, *op. cit.*, p. 338.

(7) P.-Ch., *op. cit.*, p. 146 ; voir également M-Nouaros, p. 73, note 2, n° 39.

(8) Silz, *op. cit.*, p. 390.

(9) Voir n° 14. Cf. Silz, *op. cit.*, p. 390, note 2.

(10) Cf. n° 76.

(11) P. Charmantier, *op. cit.*, p. 145.

rait observer avec peut-être plus de raison que pour sauvegarder son « droit moral », l'auteur peut agir victorieusement contre un tiers, indépendamment, semble-t-il, de toute faute de la part du défendeur : c'est ainsi que le peintre Camoin a pu obtenir la condamnation de Francis Carco, lequel a été contraint de lui livrer, pour être détruites, les œuvres reconstituées malgré lui ; cependant Carco avait régulièrement acquis les toiles par filière ; à l'origine de celle-ci il n'y avait eu aucun vice délictuel : un chiffonnier de la rue Lepic avait juridiquement acquis *pro derelicto* les morceaux déchirés⁽¹²⁾. L'objection ne serait pas, il est vrai, décisive, écrit M. Perraud-Charmantier, car on a constaté justement la faute de Carco, laquelle n'a pas échappé au juge, à savoir le désir de lucre qu'il a manifesté : Carco avait exposé, en effet, ces œuvres de Camoin et fait autour de l'exposition qu'il avait organisée une publicité excessive. Mais on peut répondre, nous semble-t-il, que chacun peut organiser une exposition publique d'objets acquis régulièrement ; le fait même que le tribunal ait jugé fautive l'attitude de Carco, le fait qu'il ait considéré comme excessive la publicité faite autour de l'exposition, doit nous inciter à rejeter une théorie purement négative ; un droit moral de l'auteur est admis par la jurisprudence. Se reconnaissant d'une manière générale le droit de considérer comme une obligation légale préexistante l'obligation non expressément reconnue par la loi écrite, la jurisprudence a généralisé l'obligation pour chacun de respecter la vie affective, les sentiments intimes d'autrui, alors que la loi écrite n'avait

(12) Trib. Seine, 15 nov. 1927, *D.* 1928.2.89, note Nast ; *S.* 1928.2.137, note Chavegrin ; Cour de Paris, 6 mars 1931, *Gaz. Pal.* 1931.1.678 ; *S.* 1932.2.145, note Gény.

Le premier détenteur, ne tenant point son tableau d'un contrat, ne semblait être tenu d'aucune obligation envers le peintre ; il n'avait commis aucune faute apparente, puisqu'il s'était borné à le réparer, sans le modifier en aucune manière. L'arrêt de la Cour de Paris, tout en confirmant en principe le jugement, a prescrit que la destruction du tableau serait judiciairement effectuée, comme dans l'affaire du 26 janv. 1918 (*D.* 1918.2.49, note de M. Claro). (E. Silz, *op. cit.*, p. 356, note 5).

rien prévu. C'est ainsi qu'elle a découvert un droit moral de l'auteur.

119. — Théorie contractuelle de M. J. Rault. Critique de celle-ci par M. Silz.

La jurisprudence fait application en la matière très généralement de l'article 1382, comme sanction du droit moral. M. J. Rault s'est élevé contre cette solution pourtant solidement établie et a entrepris de démontrer en matière d'édition que la base juridique de l'action résiderait non dans l'article 1382, mais dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil⁽¹⁾.

L'explication de M. Rault est importante, puisqu'elle concerne les rapports de l'écrivain et de l'éditeur : l'obligation pour l'éditeur de respecter la personnalité de l'auteur, loin de pouvoir être considérée comme un cas particulier de l'obligation générale pesant sur tout individu de respecter la personnalité de son voisin, obligation générale puisant sa sanction juridique fondamentale dans l'article 1382, résulterait essentiellement de l'obligation proclamée par l'article 1134, alinéa 3, d'exécuter de bonne foi les obligations nées du contrat; toutes les modifications apportées à l'ouvrage par l'éditeur constituent de sa part une faute contractuelle suffisante pour engager sa responsabilité civile, car « l'éditeur a pris l'engagement de produire cette œuvre-là dans son intégrité et non tel ouvrage qui présenterait avec l'œuvre en question les différences qu'il plairait à sa fantaisie d'y introduire »⁽²⁾.

Que doit-on penser de cette théorie ? M. Silz la réfute en y insistant à loisir⁽³⁾. Le recours aux présomptions de volontés probables apparaît un procédé bien hasardé d'explication.

119. — (1) Rault : Le contrat d'édition, p. 344.

(2) Rault, *op. cit.*, p. 345.

(3) E. Silz, *art. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1933, p. 382-394.

V. également la critique de la théorie de M. Rault par M-Nouaros, p. 70 et suiv., n° 37, 38 et 39.

Les tribunaux peuvent-ils imputer fictivement à la volonté des parties cette obligation contractuelle du respect de la personnalité de l'auteur, en se fondant sur l'article 1134, alinéa 3 ?

L'obligation de sécurité n'est-elle pas, elle aussi, sans rapport avec la volonté des parties ? Certes, mais justement, il faut voir là le signe d'une obligation pseudo-contractuelle : en réalité, il s'agit d'un procédé de forçage juridique.

D'ailleurs, M. Rault lui-même admet qu'une responsabilité de nature délictuelle dérivant soit de l'article 425 du Code pénal pour contrefaçon, soit même de l'article 1382 du Code civil, peut s'ajouter à titre complémentaire à la responsabilité dérivant de l'article 1134 ⁽⁴⁾. Il se borne donc à restreindre l'application de l'article 1382. Bien plus, certains arrêts ont sanctionné des solutions incompatibles avec la volonté probable des parties : l'arrêt *Whistler* fournit l'exemple important de la possibilité pour un peintre de ne pas livrer le tableau comme il s'y était engagé ⁽⁵⁾.

La protection de l'article 1382 est plus efficace, assure M. Silz ; non seulement son étendue est considérablement plus grande au regard du dommage pris en considération, mais le caractère personnel de l'action constitue pour l'auteur un inappréciable avantage ⁽⁶⁾.

D'ailleurs, si certaines prérogatives d'ordre moral reconnues à l'auteur par la jurisprudence peuvent certes être rattachées à l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions, n'est-ce pas étendre cette obligation, que d'y rattacher par exemple la protection des sentiments religieux de l'auteur, qu'une certaine présentation de ses œuvres a choqué dans ses convictions ? Les tribunaux ont reconnu que l'auteur pouvait agir en raison des préoccupations d'ordre moral ou religieux qui l'avaient guidé

(4) Rault, *op. cit.*, p. 347-348.

(5) Civ., 14 mars 1900, S. 1900.1.489.

(6) Silz, *op. cit.*, p. 386.

dans son activité créatrice : il en était ainsi lors du débat entre M. Francis Jammes et M. Bouillot, professeur au Lycée Montaigne, lequel avait été autorisé par Fr. Jammes à reproduire, dans son Manuel de lectures enfantines (Hachette), des *extraits* de ses œuvres, mais M. Bouillot avait supprimé tous les termes religieux. M. Jammes réclama devant le Tribunal de la Seine (7) la reconstitution exacte des citations, car un préjudice certain était causé à un écrivain universellement connu comme poète catholique. L'avocat de M. Bouillot, M^e Plaisant, auteur d'une proposition de loi sur le droit moral, ne contesta pas la légitimité de ce droit, mais il soutint, outre l'obligation de neutralité religieuse à laquelle était tenu M. Bouillot, que l'ouvrage incriminé n'était pas un recueil de morceaux choisis, mais bien une simple chrestomathie, où l'on ne pouvait reproduire que des phrases courtes et isolées. Le tribunal, avec raison, rejeta cette thèse.

Or, prétend-on rattacher cette protection de l'auteur à une obligation conventionnelle ? Le contrat portait-il que M. Bouillot devait reproduire des extraits ou simplement des passages isolés ? Nous ne le savons pas. Comment admettre une responsabilité de nature contractuelle, alors que l'article 1150 du Code civil limite cette responsabilité aux conséquences prévisibles du contrat (8) ?

En somme, aucune précision n'existait, et c'est la jurisprudence qui a dû elle-même, définir les contours de cette prétendue obligation d'exécution de bonne foi. Et à quelle obligation conventionnelle rattacher le droit pour un artiste, qui a vendu son œuvre, de demander réparation du préjudice moral et matériel causé par l'exposition et la vente d'une *reproduction* illicite, notamment d'un tableau qui n'est que la fusion en une seule de deux toiles, dans l'espèce des marines semblables par la disposition des barques, l'attitude des personnages, l'aspect des côtes dans

(7) Trib. Seine, 31 déc. 1924, *Gaz. Trib.* 28 août 1925, D. 1925.254. Cf. Silz, p. 350, note 2.

(8) Silz, *op. cit.*, p. 385.

le lointain et le reflet de la lumière sur l'eau ? ⁽⁹⁾. La responsabilité n'est-elle pas plutôt causée par des faits nés à l'occasion du contrat ? La théorie conventionnelle ne peut s'adapter qu'au contrat d'édition, mais à propos de la vente de tableaux, par exemple, elle apparaît artificielle.

Tels sont les principaux arguments que l'on peut invoquer contre la théorie contractuelle. Cette controverse a-t-elle de l'intérêt ? Aucun, si l'on admet que la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle sont rationnellement régies par les mêmes principes ⁽¹⁰⁾.

Si l'on admet au contraire la conception de la dualité des deux responsabilités, il faut noter que la théorie de M. Rault ne peut suffire à expliquer toutes les solutions de la jurisprudence : dans l'affaire Camoin-Carco, par exemple, il n'existait aucun contrat. D'ailleurs M. Rault conserve un certain domaine d'application à l'article 1382 ⁽¹¹⁾, et M. Silz est obligé d'admettre que « certaines des normes garanties par l'article 1382 peuvent voir leur fonctionnement modifié du fait d'un accord de volontés », et « les normes garanties par le droit moral rentrent dans cette catégorie de règles » ⁽¹²⁾ ; la volonté des contractants peut dans une certaine mesure influencer la protection de la personnalité de l'auteur.

Il faut donc dépasser le point de vue de M. Silz comme celui de M. Rault ; que la jurisprudence ait peu à peu tiré de l'article 1382 ou précisé d'après l'article 1134 une obligation de respecter la personnalité de l'auteur, peu nous importe ; différents moyens techniques peuvent permettre d'arriver à la réalisation d'un même but, à savoir la protection des divers intérêts extra-patrimoniaux de l'auteur. M. Silz a bien étudié le fondement de ce droit moral, il a vu que les règles de protection de la personnalité re-

(9) Paris, 26 janvier 1918, *Legoût-Gérard c/ Dufour*, *D. P.* 1918.2.49. note Claro. — Cf. Gorguette d'Argoeuves, *op. cit.*, p. 119.

(10) Perraud-Charmantier, *op. cit.*, p. 145 et note 3.

(11) J. Rault, *op. cit.*, p. 347-348.

(12) Silz, *op. cit.*, p. 422.

posent sur une même idée, mais il a surtout insisté sur la question de moyen technique ⁽¹³⁾. La sanction d'un droit n'est pas la même chose que son fondement ⁽¹⁴⁾.

120. — Le droit moral de l'auteur, droit extra-patrimonial.

Quel est le fondement de cette protection ? Certains auteurs ont voulu identifier le droit moral avec le respect de la signature de l'auteur ⁽¹⁾ ; cette théorie ne rend pas compte de toutes les prérogatives attachées au droit moral, elle ne justifie pas par exemple le droit de modifier l'œuvre.

Pour la plupart des auteurs ⁽²⁾, le fondement du droit moral n'est autre que le respect de la personnalité de l'auteur ; nous ajouterons avec M. Potu ⁽³⁾ que si le droit moral permet à l'auteur de modifier son œuvre, c'est parce qu'il implique non seulement le respect de la personnalité, mais aussi le respect de la liberté intellectuelle de l'auteur ; en effet, l'éditeur qui reproduirait avec exactitude le texte d'une précédente édition, ne porterait pas atteinte à la personnalité de l'auteur. Cependant, peut-on objecter, il y a là une atteinte à la personnalité, laquelle n'est pas invariable, mais au contraire se modifie constamment et évolue sans cesse.

En bref, si l'on veut rattacher ce droit à une catégorie juridique connue, il est facile de dire que le droit moral est un droit de la personnalité ⁽⁴⁾. On a constaté le bien fondé d'une telle explication : « Que l'action destinée à assurer le respect du droit moral de l'auteur soit inspirée

(13) Voir cep. Silz, *op. cit.*, p. 335-342.

(14) M-Nouaros, n° 38 b, p. 71.

120. — (1) Harmand : Bulletin de la Soc. d'Et. législatives 1908, p. 223.

(2) A. Colin, Lyon-Caen, Thaller, Claro, Maillard, Vaunois, Lermina, Bérard, Morillot, Pouillet, Saleilles, Plaisant, Masse (p. 33) ; d'Argoeuves (p. 38 et suiv.).

(3) Ann. dr. comm. 1909, p. 215, n° 5.

(4) Cf. Perreau, *Rev. trim. dr. civ* 1909. Dans le même sens : Picard, Les Biens, n° 575. — Voirin : Les Biens, n° 162-164. — A. Mèlliger : Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten, thèse Berne, 1929.

par la nécessité de protéger la personnalité de l'écrivain ou de l'artiste, écrit M. Rault ⁽⁵⁾, cette constatation n'est plus aujourd'hui soumise à discussion, mais cette idée qui, du point de vue législatif, peut apparaître féconde et qui même du point de vue du droit positif, explique le mouvement jurisprudentiel et doctrinal contemporain, ne constitue pas au point de vue strictement juridique une justification suffisante. »

Dè cette opinion, retenons cependant que c'est bien l'idée de protection de la personnalité qui est à la base du mouvement jurisprudentiel contemporain. En l'absence de toute disposition expresse du Code civil, la jurisprudence a été amenée à protéger la personnalité de l'auteur, elle l'a fait notamment par la détermination du domaine d'application de l'article 1382 ; « investie par suite du caractère très général des formules de l'article 1382 du pouvoir d'établir la liste des fautes dommageables, elle a fait entrer au nombre de ces fautes l'atteinte à la personnalité d'un tiers ⁽⁶⁾. Bien plus, écrit M. Silz lui-même ⁽⁷⁾, elle a étendu la protection de la personnalité au delà des termes de l'article 1382 ; alors que celui-ci prévoit simplement la réparation du préjudice subi, la jurisprudence s'est efforcée d'user de tous les moyens à sa disposition pour éviter la perpétration des atteintes à la personnalité, et a même forgé certaines armes destinées à prévenir l'apparition d'une situation régulière en apparence, mais de nature à réaliser des atteintes à la personnalité. De ce système de création jurisprudentielle, la construction dite du droit moral de l'auteur constitue l'application la plus caractéristique ⁽⁸⁾.

Nous pouvons donc dire que nous sommes en présence

(5) Rault, Le contrat d'édition, p. 335 et 336. Voir M-Nouaros, n° 37, p. 70.

(6) Silz, *op. cit.*, p. 339.

(7) Silz, *op. cit.*, p. 341.

(8) Sur le caractère commun des intérêts moraux reconnus aux auteurs, consulter Vaunois : Rapport à la Société d'Etudes législatives, Bulletin 1908, p. 217 et suiv.

d'un intérêt extra-patrimonial protégé en droit positif, mais tout le monde ne reconnaît pas ici l'existence d'un « droit »; nous avons abouti au problème central, qui toujours nous a arrêtés; la protection certaine que le droit positif assure aux intérêts extra-patrimoniaux, nous permet-elle de parler de droits extra-patrimoniaux ? C'est la question que nous étudierons plus loin dans son ensemble (9).

Paragraphe 2

DISTINCTION DU DROIT MORAL ET DU DROIT PATRIMONIAL DE L'AUTEUR

121. — Position du problème.

Nous venons de dégager la notion du droit moral de l'auteur : ainsi il y a dans le droit d'auteur un élément naturellement personnel au titulaire, qui a trait à la protection de la pensée elle-même, de la réputation morale et artistique de l'homme qui a livré son œuvre au public.

Cependant certains jurisconsultes ont cherché à démontrer que ce droit moral était l'essence même, le fondement rationnel du droit de l'auteur tel que la loi l'a organisé. Il est donc nécessaire de montrer que les règles relatives à la protection de la personnalité ont un fondement qui leur est propre. Cette étude sera d'autant plus intéressante qu'elle nous permettra de préciser ce qu'il faut entendre par droit extra-patrimonial.

122. — Exposé des théories sur la nature juridique du droit d'auteur (1).

Certains jurisconsultes ont prétendu qu'un seul droit naissait au profit de l'auteur : ce serait un droit personnel et non pas un droit patrimonial. « La contrefaçon, disait

(9) Voir n° 177.

122. — (1) Cons. M-Nouaros, p. 42-46.

Bertauld ⁽²⁾, n'est pas une atteinte aux biens des auteurs, à leur patrimoine, elle est une atteinte à leur personne, à leur liberté ; elle n'est pas un vol, elle est une violence ». De nombreux auteurs ont tenté d'accréditer cette thèse : le « droit d'auteur », dans son ensemble, ne serait qu'un prolongement de la personnalité.

Gierke a donné la définition du droit d'auteur que voici : « Le droit d'auteur est un droit de personnalité (Persönlichkeitsrecht) dont l'objet est constitué par une œuvre intellectuelle considérée comme partie intégrante de la sphère de personnalité même » ⁽³⁾. Le droit d'auteur serait, donc, une faculté que l'on ne peut jamais séparer de l'activité créatrice de l'individu et cela non seulement au moment de sa création, mais encore après la publication de l'œuvre : ainsi tous les privilèges qui découlent du droit d'auteur, même ceux de caractère économique, retombent dans la sphère et sous la protection de sa personnalité dont ils sont une émanation. L'élément patrimonial est ici non seulement secondaire, mais impuissant à éteindre ou voiler ce reflet de l'homme que le droit porte sur lui, comme une noblesse et comme une force ⁽⁴⁾.

A la conception de Gierke, se sont rattachés plus ou moins directement des adeptes de culture et de tradition française : par exemple, M. Léon Bérard ; pour lui, le droit d'auteur est très voisin du droit à l'honneur et se fonde en dernière analyse sur l'idée de responsabilité ; l'artiste en appelle au jugement des hommes, c'est à lui de décider souverainement des conditions dans lesquelles il affrontera ce verdict. Le droit d'auteur a pour objet d'assurer la liberté de la pensée, de protéger la dignité et l'honneur de l'homme dans les productions de son

(2) Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon I, 1867, n° 214 et suiv.

(3) Deutsches Privatrecht I, p. 755, Leipzig, 1895 ; voir Bluntschli Privatrecht, paragraphes 46 et 47.

(4) Ruffini : De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques. Acad. Dr. Intern. Recueil des Cours 1926, II, 12, p. 432.

activité intellectuelle. M. Bérard, après avoir déclaré que le droit moral était à son avis tout le droit d'auteur, reconnaît cependant l'existence d'un élément pécuniaire et accorde qu'il y a là un droit du patrimoine et un bien dans le commerce ; le droit pécuniaire est l'aspect extérieur et le signe du droit d'auteur. Ce dernier dans toute sa complexité est malaisé à définir : entité juridique, indivisible, susceptible de transactions, mais de caractère essentiellement personnel, il faut le prendre tel qu'il est, heureux si l'on peut en dégager la nature et en déterminer par ordre hiérarchique les fonctions ⁽⁵⁾.

Sans prétendre à une énumération exhaustive des auteurs qui, depuis E. Kant ⁽⁶⁾ ont soutenu cette théorie ⁽⁷⁾, il nous faut signaler spécialement l'ouvrage de M. Jules Stefea. Pour M. Stefea, lequel ne souscrit pas à la définition de Gierke ⁽⁸⁾, toutes les prérogatives que l'auteur exerce à l'occasion de l'œuvre se rattachent directement à l'exercice des droits dont l'homme dispose pour défendre sa personnalité, particulièrement à sa liberté de travail, à sa liberté morale, au droit de défendre sa réputation ⁽⁹⁾. En réalité, le prétendu monopole de l'auteur n'est autre que le monopole que chacun possède sur l'exploitation de sa capacité productrice : le droit d'auteur n'est pas autre chose que la liberté du travail, qui prend un aspect spécial pour protéger une profession, laquelle par la na-

(5) L. Bérard, *op. cit.*, p. 52-64.

(6) E. Kant : *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, 1796, trad. Barni, p. 280.

(7) Voir Madame Lepaulle : *Les droits de l'auteur sur son œuvre*, *Th. Paris*, 1927, p. 93 ; Colin, note sous *Civ.* 25 juin 1902 ; *D. P.*, 1903.1.5 ; Maillard : *Déclaration rapportée par M. Lefas à la Société d'Etudes législatives en 1922*, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, p. 187 ; Palmade : *La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux*, *Th. Bordeaux*, 1909, p. 45 et suiv. — Voir aussi les auteurs cités dans la thèse de A. Melliger : *Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten*, Berne, 1929, p. 41 ; Léon Malaplate : *Le droit d'auteur, sa protection dans les rapports franco-étrangers*, *Th. Bordeaux*, 1931, p. 52-54.

(8) Jules Stefea : *De la nature personnelle du droit d'auteur*, *Th. Paris*, 1923, p. 59, note 1.

(9) Stefea, *op. cit.*, p. 59.

ture des choses, ne l'était pas suffisamment, en vertu des dispositions ordinaires des lois qui tendent vers ce but ⁽¹⁰⁾.

En Allemagne, « depuis une série d'années, par le développement des idées qui avaient présidé à la fondation de la « Genossenschaft deutscher Tonsetzer » s'est formée la notion que le droit d'auteur ne devait jamais séparer l'artiste créateur du peuple dans lequel et avec lequel il vit, mais tout au contraire le lier organiquement à ce peuple, que le droit d'auteur d'après sa vraie nature n'est pas individualiste et absolu, mais relatif en liaison avec la société, en un mot un droit socialement relatif (*sozialgebundenes Recht*). Le peuple, en effet, est la source éternelle où puise l'artiste créateur ; ce n'est pas contre, c'est pour le peuple qu'il produit. Selon l'idée nationale-socialiste, le peuple se retrouve toujours lui-même dans la production artistique : voilà pourquoi l'artiste créateur doit être une personnalité qui s'élève au-dessus de l'ordinaire, parce que seule la personnalité dégage cette force qui entraîne vers les hauteurs l'ensemble de la communauté populaire » ⁽¹¹⁾.

Il en résulte qu'il n'est pas admissible de faire une scission du droit d'auteur en un droit matériel (le droit pécuniaire) qui serait aliénable, et un droit immatériel (le droit moral) qui serait inaliénable. Le droit d'auteur est un par nature. Que l'auteur défende son droit moral (*Urheberehre*) en s'opposant à la mutilation, ou à l'altération de son œuvre, ou que, contre une rémunération, il donne à un autre la permission d'utiliser son œuvre, toujours il agit sur l'unique base que forment ses droits et ses devoirs à l'égard de la collectivité de son peuple. C'est

(10) Stefa, *op. cit.*, p. 51.

(11) Dr Julius Kopsch, Berlin : De la nature unique du droit d'auteur dans la protection juridique de l'Inventeur, publication de l'Akademie für Deutsches Recht, à l'occasion du Congrès International pour la protection de la propriété industrielle, Berlin, 1936, p. 222-224. — Comparer F. Zoll : Le droit patrimonial et le droit moral dans la conception polonaise du droit de l'auteur. Recueil en l'honneur de M. E. Lambert, tome II, p. 526, paragraphe 106.

pourquoi il est tenu lors de l'exercice de son droit pécuniaire, c'est-à-dire lorsqu'il formule les conditions sous lesquelles il donne sa permission, à ne pas dépasser les limites naturelles tracées par ses devoirs sociaux.

Il n'y a pas incompatibilité, il y a même conformité avec le droit moral, lorsque l'auteur doit s'incliner devant l'autorité de l'Etat qui se réserve pour certains cas, soit en faveur de l'auteur, soit en faveur de la collectivité, le droit de fixer la rémunération due à l'auteur (loi du 4 juillet 1933 relative aux exécutions musicales publiques) ; il y a au contraire violation du droit moral lorsque dans un but de lucre, l'auteur, négligeant son devoir envers son œuvre, permet qu'elle soit indignement exécutée ou même mutilée.

Mettons à part la conception nationale-socialiste, qui s'oppose manifestement à la doctrine française et conduit finalement à une sorte de socialisation de la production littéraire et artistique, dont il n'est pas sûr que le bénéfice aille intégralement à la collectivité, confisqué qu'il risque d'être par les concessionnaires du droit privatif organisés en trusts ⁽¹²⁾.

Nous nous trouvons en présence de théories selon lesquelles un lien indissoluble existe entre le prétendu droit moral et le droit pécuniaire, le droit pécuniaire étant le corollaire du droit de l'auteur au respect de sa personnalité. Pour d'autres jurisconsultes, le droit moral, au contraire, ne serait qu'un corollaire immédiat, une conséquence nécessaire des droits pécuniaires qui lui sont reconnus ⁽¹³⁾. M. Rault notamment fait sienne cette théorie, lorsqu'il rattache le droit pour l'auteur de défendre sa personnalité au contrat d'édition qu'il a passé ⁽¹⁴⁾. Cette idée a été moins souvent soutenue, et nous avons montré plus haut qu'elle ne saurait expliquer tou-

(12) Escarra, Rault et Hepp : La doctrine française du droit d'auteur, p. 42 et 43, n° 22.

(13) V. M-Nouaros, p. 39, n° 18.

(14) Voir n° 119.

tes les applications jurisprudentielles du droit moral (aff. Camoin-Carco, par exemple). C'est donc seulement la théorie du droit pécuniaire, envisagé comme corollaire du droit moral, dont nous ferons la critique.

123. — La jurisprudence française et le droit moral.

Le droit moral n'a pas fait l'objet d'une disposition législative particulière⁽¹⁾. A dire vrai, le principe même n'est pas nouveau⁽²⁾ ; il était consacré bien avant qu'on eût créé une expression courante pour le désigner. La notion de droit moral est relativement récente, elle paraît avoir pris naissance en Allemagne où ses promoteurs furent MM. Dambach, Klostermann, Kohler et d'autres encore ; elle n'a pénétré en France qu'aux environs de 1875. M. Morillot est le premier auteur, croyons-nous, qui ait employé en France l'expression de droit moral⁽³⁾ ; le droit moral cependant restait dans l'ombre, tandis que le droit pécuniaire soulevait des luttes ardentes.

C'est la nécessité qui a fait découvrir le droit moral : l'honneur en revient à la jurisprudence. Notre jurisprudence n'a pas attendu la théorie du droit moral pour faire droit aux légitimes revendications des auteurs. Dès 1814, elle proclame que le cessionnaire ne peut sans le consentement de l'auteur changer le titre de l'œuvre⁽⁴⁾ ; dès 1828⁽⁵⁾, elle déclare que l'œuvre non encore publiée est

123. — (1) G. d'Argœuves, *op. cit.*, p. 56 et suiv. ; Escarra, Rault et Hepp, *op. cit.*, à propos du projet de loi sur le contrat d'édition, annexes, p. 167. Sur l'utilité d'un texte de loi, Cabrillac, *op. cit.*, p. 109 et suiv. — Cf. Henry G. J. Maas Geesteranus : Le droit moral de l'auteur dans la législation moderne, *Bulletin de la Société de Législ. Comp.*, 1931-32, tome 61, p. 111.

(2) Cf. Masse, *Th. précitée*, p. 34-35 ; Charles Aussy : Du droit moral de l'auteur, *Th. Paris*, 1911, p. 15 et 17 ; Cabrillac, *op. cit.*, p. 10-42 ; M-Nouaros, p. 1 à 31.

(3) André Morillot : De la personnalité du droit de copie qui appartient à un auteur vivant, 1872 ; de la protection des œuvres d'art... dans l'Empire d'Allemagne, 1878.

(4) Trib. civ. Seine, 17 août 1814, *Dall. Prop. litt.*, n° 309.

(5) Paris, 11 janvier 1828, *Sir. chron.*

inviolable ; dès 1830 ⁽⁶⁾, elle frappe ceux qui révèlent au public le sujet, les épisodes, le développement d'une œuvre non encore publiée, et la Cour de Paris en 1830 également contraint l'éditeur à respecter scrupuleusement le texte qui lui est remis ⁽⁷⁾.

Cependant ces documents n'émanant pas de la Cour suprême sont isolés, contredits par des décisions opposées qu'on rencontre presque jusqu'à l'arrêt Lecocq ⁽⁸⁾.

En effet, la jurisprudence du xix^e siècle se rallie à la thèse du droit d'auteur envisagé comme un droit de propriété, et cette théorie néglige l'existence du droit moral alors que celui-ci exerce une influence capitale sur la nature juridique du droit. Cependant, si en 1880 ⁽⁹⁾ la Cour de Cassation applique au droit d'auteur la théorie pure et simple de la propriété, et ainsi assimile la propriété d'une sonate à celle des violons et des pianos qui servent à l'exécuter, une réaction se produit en 1887 et dans l'arrêt Ricordi ⁽¹⁰⁾, la Cour de Cassation admet qu'il n'y a pas à proprement parler propriété, mais « privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire ».

La théorie du droit moral se forma en jurisprudence entre deux arrêts de la Cour de Cassation, celui du 27 août 1887 ⁽¹¹⁾ et l'arrêt Lecocq ⁽¹²⁾ : le premier reconnaissait pour la première fois en Cassation le droit de l'auteur à la protection de la personnalité et l'arrêt Lecocq l'affirmait avec une autorité particulière. Pour la première fois, la notion du droit d'auteur faisait l'objet d'une analyse approfondie ; la Cour mettait en vedette l'interaction respective de l'élément moral et de l'élément pécuniaire : ainsi s'établit la théorie dite du droit double, longtemps

(6) Paris, 13 juillet 1830, *D. P.*, 30.2.235.

(7) Paris, 18 février 1830 (cité par Potu, *Ann. dr. comm.*, 1909, p. 219, note 4).

(8) Par exemple : Paris, 6 avril 1850, *D.*, 1852.2.159 ; Trib. Seine, 5 février 1891, *Pat.*, 1892, p. 202.

(9) Cass. Req., 16 août 1880, *D. P.*, 1881.1.25.

(10) Cass. Req., 25 juillet 1887, *D. P.*, 1888.1.5, note Sarrut.

(11) *Pat.*, 1887, p. 300.

(12) Civ., 25 juin 1902, *D.*, 1903.1.5.

considérée comme intangible dans la doctrine française ⁽¹³⁾.

Il nous faut citer cependant à propos de la célèbre affaire Canal deux décisions récentes dans lesquelles l'élément moral prime l'élément pécuniaire : celles du Tribunal civil de la Seine du 1^{er} avril 1936, et de la Cour de Paris du 23 février 1938. « La conception et l'élaboration des œuvres littéraires ou musicales mettent uniquement en jeu les facultés intellectuelles et les qualités personnelles de l'écrivain ou du compositeur ; de telles œuvres ne sont que l'expression de la pensée et du génie propre de leur auteur, elles participent dès lors intimement à la personnalité de celui-ci dont elles ne sont qu'une émanation... Cette faculté pour l'auteur de tirer un profit matériel de son activité intellectuelle et de cette émanation de sa personnalité que constitue son œuvre apparaît comme inhérente à la personne au même titre que celle qui appartient à tout homme de tirer profit de son activité physique et de son travail manuel ; par exemple en louant ses services, elle peut assurément comme cette dernière, être, lorsqu'elle est exercée, créatrice de biens, mais pas plus que celle-ci, elle ne constitue en elle-même un bien au sens de l'article 516 du Code civil... En conséquence, le droit d'auteur consistant en la faculté d'exploiter l'œuvre dans un intérêt pécuniaire, de consentir à des reproductions, à des reprises ou à des nouvelles éditions doit toujours demeurer propre à l'auteur : seuls les produits de cette exploitation tombent dans la communauté entre époux » ⁽¹⁴⁾. « Le droit d'auteur s'analyse dans une simple faculté, inséparable de la personne de l'auteur, il ne rentre dans aucune des classifications du Code civil, et constitue un droit *extra-patrimonial* qui, de par sa nature et en l'absence d'un texte formel imposant une solution

(13) Escarra, Rault et Hepp, *op. cit.*, n° 3, p. 15.

(14) Trib. civ. de la Seine, 1^{re} Chambre, présidence de M. Frémicourt, sur conclusions conformes de M. le substitut Gavalda, 1^{er} avril 1936, *D. P.*, 36.2.65, note Nast.

contraire, ne saurait tomber dans la communauté. Toutefois, le droit d'auteur qui ne constitue pas en lui-même un bien, peut être une source de profits pécuniaires : les biens qu'il engendre lorsqu'il est exercé tombent dans la masse commune en tant que revenus sous le régime de la communauté légale, en tant que produits du travail sous le régime de la communauté d'acquêts » (15).

L'arrêt de la Cour de Paris rompt ainsi avec la jurisprudence de la Cour de Cassation sur le sort du droit d'auteur en présence de la communauté légale ; il confirme le jugement du Tribunal de la Seine, mais il se sépare néanmoins de lui sur la question accessoire des produits du droit d'auteur qui doivent à titre de revenus tomber en communauté (16). Si on examine l'espèce, on ne peut que reprendre une formule employée par Saleilles en 1900 (17), et déclarer que la solution de l'arrêt Canal est « la protestation du bon sens contre la rigidité inique des principes ».

Mais cette solution nécessaire ne peut-elle être obtenue qu'au prix de la destruction d'une construction classique ? Nous ne le pensons pas.

L'affaire Canal déterminera-t-elle un revirement de jurisprudence ? Cela n'est pas certain, puisque la deuxième Chambre de la Cour de Paris s'est encore prononcée le

(15) Cour de Paris, 1^{re} Chambre, sur conclusions conformes de M. l'avocat général Mongibeaux, 23 février 1938, *Semaine Juridique*, 6 mars 1938, n° 9 feuille blanche 601 ; S. 1938.2.169, note Esmein. — Voir la critique de l'emploi du mot extrapatrimonial, n° 4.

(16) Le jugement du Trib. civ. de la Seine avait englobé dans la communauté sans distinction tous les produits de l'exploitation des œuvres publiées avant le mariage. Pour la Cour de Paris, seuls entrent en communauté les produits non perçus avant le mariage des éditions antérieures au mariage ; appartiennent également à la communauté, sous le régime de la communauté légale, les produits des éditions des œuvres parues ou réalisées pendant le mariage : la Cour confirme évidemment sur ce point le jugement du Tribunal.

Les produits perçus pendant le mariage des œuvres parues ou réalisées au cours du mariage sont repris par la femme-auteur, en tant que biens réservés, si elle renonce à la communauté, en vertu de l'art. 5 de la loi du 13 juillet 1907.

(17) Note sous Paris, 1^{er} février 1900, S., 1900.2.121.

5 février 1935 ⁽¹⁸⁾ dans le même sens que la Cour de Cassation. Il faut donc souhaiter que le législateur vienne remédier aux inconvénients des hésitations jurisprudentielles.

Quel que soit le parti adopté sur le sort du droit d'auteur en lui-même, un point reste incontestable, c'est que les produits de ce droit échus ou perçus pendant le mariage deviennent communs, puisqu'il en est ainsi de tous les revenus des propres ⁽¹⁹⁾. Le problème consiste donc à nous demander si le droit moral, après avoir été si difficilement dégagé, doit absorber désormais le monopole d'exploitation. C'est à cette question de principe que nous essaierons de répondre, en opposant notre conception à l'arrêt Canal et aux auteurs précités.

124. — Critique de la théorie de l'indivisibilité des droits accordés à l'auteur.

La négation de l'autonomie des règles qui visent à la protection de la personnalité de l'auteur par rapport à celles qui déterminent ses droits pécuniaires, ne nous paraît pas justifiée.

La Cour de Cassation dans l'important arrêt Lecocq a admis dans des circonstances cependant aussi défavorables que possible, que le droit moral était entièrement distinct du monopole d'exploitation reconnu à l'auteur. Cette position semble pour le moment immuable. Mais sans nous retrancher derrière l'opinion de la jurisprudence, laquelle peut être amenée à modifier sa conception, nous pensons que la tentative de ramener le droit privatif d'exploitation à n'être qu'un des aspects du droit moral, est artificielle et forcée. Il semble bien impossible, disait il y

(18) *Gaz. Pal.*, 1935.1.564.

(19) Andrée Jack ; Des particularités de la propriété littéraire et artistique en matière de régimes matrimoniaux, de libéralités et de successions, *Semaine juridique*, 6 mars 1938, n° 9 ; Etude doctrinale, feuille jaune 53, note 29.

a déjà longtemps Darras ⁽¹⁾, de pouvoir asseoir ce droit pécuniaire uniquement sur l'idée de respect dû à la personnalité humaine ; cette idée, jointe à celle du travail, peut servir à la corroborer, à la sanctifier, mais à elle seule, elle me paraît insuffisante pour établir sur un fondement inébranlable le droit pour les auteurs à une exploitation exclusive de leur œuvre ».

Comme le note avec une très grande force M. le Professeur Roubier ⁽²⁾, « le vice le plus grave de la doctrine de la personnalité du droit d'auteur, c'est qu'elle ne parvient même pas à élucider le problème que nous avons posé ; lorsqu'on dit que la protection des œuvres artistiques ou littéraires correspond à la protection de l'activité intellectuelle de l'écrivain ou de l'artiste et en quelque sorte de son industrie personnelle, absolument de la même manière que le médecin est protégé dans son travail ⁽³⁾, on perd de vue qu'il reste à définir les conséquences pécuniaires de cette activité. Celle du médecin aboutit à des honoraires et c'est un droit de créance ; celle de l'auteur aboutit à un droit privatif d'exploitation et il faut dire ce qu'est ce droit. Le problème est escamoté, il n'est pas résolu ; c'est de la prestidigitation, ce n'est pas de l'analyse ».

La théorie du droit d'auteur, envisagé comme un droit de la personnalité, se heurte, en premier lieu à une objection de technique juridique. « Il est impossible de nier la coexistence de deux droits distincts, et n'est-ce pas conforme aux données les plus élémentaires de la technique juridique qui fait de la distinction des droits extra-patrimoniaux et des droits patrimoniaux, la *summa divisio* ? » ⁽⁴⁾.

« Qu'y a-t-il de surprenant à voir d'un seul fait, la créa-

124. — (1) Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux, Paris, 1887, p. 47.

(2) P. Roubier : Droits intellectuels ou droits de clientèle, p. 275, *Rev. trim. dr. civ.*, 1935.

(3) Stefea, p. 49-50.

(4) Roubier, *op. cit.*, p. 275 ; E. Silz, *op. cit.*, p. 397.

tion d'une œuvre, résulter plusieurs situations juridiques différentes? Pour quantité de faits juridiques, un mariage, une tutelle, une succession, c'est là un fait absolument normal que la naissance de plusieurs types de droits différents, que le jurisconsulte a pour tâche de distinguer » ⁽⁵⁾. Les deux droits seraient cependant les deux faces d'un même droit, parce qu'il y a une interpénétration en ce qui concerne le droit d'auteur, du droit moral et du droit privatif d'exploitation, mais « que des droits qui poursuivent une marche parallèle s'enchevêtrent les uns dans les autres, on n'est pas pour cette raison, fondé à leur refuser une existence distincte alors que leurs caractères sont entièrement différents, car c'est le rôle de l'analyse de retrouver chacun d'eux avec sa physionomie propre » ⁽⁶⁾.

Ce n'est pas se tirer d'embarras ⁽⁷⁾ que de conclure à la co-existence de deux droits d'auteur soumis chacun à un régime spécial, mais poursuivant une marche parallèle et à incidences réciproques : n'est-il pas plus artificiel de prendre le droit d'auteur tel qu'il est, dans sa complexité originale, et de dire qu'il est un, mais à double face ? A dire vrai, écrit M. Rault ⁽⁸⁾, nous pensons que les partisans du double droit et ceux du droit complexe ne sont séparés que par des nuances pratiquement peu sensibles. Il s'agit surtout de différences de mots. Les partisans du double droit admettent que ces deux droits dont jouit l'auteur sont unis par d'étroits rapports. C'est à nos yeux l'idée essentielle. Le reste n'est que querelle de mots du moment que l'on prend soin de préciser la compénétration réciproque des deux éléments. Ce qui importe avant tout, c'est l'accord sur les conséquences de cette dualité ou de cette complexité, et cet accord chez les auteurs ne fait point l'ombre d'un doute.

(5) Roubier, *op. cit.*, p. 271.

(6) Roubier, *art. cit.*, p. 272.

(7) Cf. Bérard, *Thèse*, p. 64.

(8) J. Rault, *op. cit.*, p. 48.

La remarque de M. Rault est juste, mais encore une fois il s'agit ici d'une construction juridique : la théorie du droit double répond à un besoin de clarté ; elle ne sera pas toujours harmonieuse, un parfait équilibre sera impossible à atteindre, mais cette complexité c'est la vie même, qui nous en donne le tableau.

Nous ne pouvons admettre la fusion en un seul droit de caractère personnel, de deux droits distincts, dont la différence de nature juridique permet d'expliquer une série de caractères opposés, dans les hypothèses de disparition ou d'aliénation des droits pécuniaires (9). Le droit privatif d'exploitation peut être cédé par l'auteur à un éditeur, le droit moral survit au profit du premier : certes, il faut dans quelques cas faire plier les principes absolus ; la possibilité pratique de faire valoir le droit moral paraît parfois assez faible et l'on ne pourra toujours appliquer rigoureusement le principe de l'intangibilité du droit moral ; des correctifs pratiques seront nécessaires dans l'exercice de ce droit moral, après la cession du droit privatif d'exploitation. En définitive, les tribunaux arbitreront les conflits : le droit pécuniaire ne sera pas paralysé par le droit moral. Réciproquement, le droit moral ne sera pas anéanti par la cession du droit pécuniaire ; il devra seulement s'exercer sans abus, et la pratique a su admirablement concilier ces deux données (10).

Le droit d'auteur est transmissible aux héritiers *mortis causa* : les prérogatives qui constituent le droit moral s'affaiblissent, en passant de l'auteur aux héritiers, tandis que le droit pécuniaire a le même contenu et comporte les mêmes pouvoirs, sinon la même durée, qu'il soit aux mains de l'auteur ou de ses héritiers.

On a justement adressé à la doctrine du droit d'auteur, envisagé comme un droit de la personnalité, divers ordres de critiques : « Admissible à la rigueur à une époque où

(9) Voir Silz, *op. cit.*, p. 397 et suiv. ; M-Nouaros, n^{os} 29, 30, 31, 32, p. 57 et suiv. ; n^{os} 86 et suiv., p. 153 et suiv.

(10) Voir P. Charm., *op. cit.*, p. 117-119.

le droit d'auteur se traduisait pratiquement par des avantages d'ordre honorifique, voire même sentimental, elle apparaît aujourd'hui à la lumière des tendances contemporaines, comme un véritable anachronisme ; disons le mot, c'est une conception juridique de grand seigneur » ⁽¹¹⁾. Il ne faut pas oublier, en effet, que par suite du développement des préoccupations pécuniaires, l'activité de l'écrivain ou de l'artiste est devenue l'objet d'un métier ; il est légitime de protéger la personnalité de l'auteur, mais n'oublions pas qu'avec l'exploitation de son travail intellectuel, l'auteur ne met plus en œuvre cette activité elle-même ; il tire profit du produit de son activité, il est comparable à l'artisan qui vend le produit fabriqué par lui, et non à l'ouvrier qui loue sa force de travail ⁽¹²⁾.

Au point de vue purement technique, comment admettre la conséquence que l'on prétend tirer de la conception que nous attaquons : à savoir l'incessibilité du droit d'auteur ? L'auteur retire de son travail un profit pécuniaire en aliénant tout ou partie du droit qui lui est reconnu. Sans doute, note M. Rault, tente-t-on de parer à l'objection en reconnaissant à l'ayant-cause l'exercice d'un droit dont l'auteur conserverait la jouissance, mais l'artifice est apparent : l'écrivain et l'éditeur ont bien en vue la transmission des prérogatives résultant de la création de l'œuvre ⁽¹³⁾.

La théorie du droit d'auteur envisagé dans son ensemble comme un droit de la personnalité, aboutit à le scinder en possibilité d'exploitation, d'une part, et produits de cette exploitation, d'autre part, à distinguer le « fundus », selon l'heureuse expression de M. Nast ⁽¹⁴⁾, des produits de ce *fundus*. N'est-ce pas là une subtilité de raisonne-

(11) J. Rault, *op. cit.*, p. 37.

(12) *Contra*, Stefea, *op. cit.*, p. 91 notamment. Pour M. Esmein (note S., 1938.2.170 (col. 2), les droits pécuniaires d'auteur sont des produits du travail.

(13) J. Rault, *op. cit.*, p. 37-38.

(14) Nast, note *D. P.*, 1936.2.66 (col. 1). M. Esmein (note S., 1938.2.170, col. 2) parle du potentiel de gains.

ment, au moins égale à celle de la doctrine du droit double ?

D'ailleurs M. Bérard reconnaît lui-même que le droit d'auteur représente une valeur économique susceptible d'estimation, que le droit d'auteur est un droit du patrimoine et un bien dans le commerce ⁽¹⁵⁾ ; M. Gény écrit, dans une note sous l'arrêt de la Cour de Paris, dans l'affaire Camoin-Carco, que le monopole d'exploitation représente le « côté immédiatement profitable » ; l'analyse minutieuse des droits de propriété littéraire le conduit à noter que le droit moral est plus étroitement attaché à la personne que le droit pécuniaire : les divers éléments du droit d'auteur, sans être toujours séparables les uns des autres, ont pris une individualité propre susceptible de certains effets spécifiques ⁽¹⁶⁾, et M. Saleilles soulignait déjà que si l'élément patrimonial et économique reste lié à la liberté d'action personnelle de l'auteur, il n'en a pas moins une valeur d'estimation susceptible d'être cédée et d'être livrée aux transactions juridiques ⁽¹⁷⁾.

C'est donc à tort selon nous que la Cour de Paris dans l'affaire Canal qualifie ce droit d'auteur de droit extra-patrimonial : il y a, au minimum, une terminologie à laquelle nous ne saurions nous rallier. On prétend distinguer le monopole d'exploitation des produits de cette exploitation, mais en définissant le « fundus » du droit privatif, une « faculté primordiale, inhérente à la personnalité de l'artiste », on confond la liberté d'user d'un droit et ce droit lui-même : on a rattaché le droit du créateur au droit de propriété, parce qu'il est un droit absolu ; l'auteur peut à sa volonté publier dans les conditions qui lui semblent les plus favorables ou anéantir avec le manuscrit l'œuvre elle-même, se privant ainsi, volontairement, du droit qui y est attaché ; analyse toute superfi-

(15) L. Bérard, *Thèse*, p. 64.

(16) Note Gény, *S.*, 1932.2.145 (col. 2) et 146 (col. 1) sous Paris, 6 mars 1931. M. Esmein reconnaît (note *S.* 1938.2.170, col. 1) que la publication peut donner naissance à un droit patrimonial.

(17) Saleilles, note *S.* 1900.2.121, sous Paris, 1^{er} février 1900.

cielle, s'écrie M. Rault ⁽¹⁸⁾, le titulaire d'un droit de créance peut lui aussi exercer son droit ou s'abstenir d'en tirer profit. On veut maintenant ⁽¹⁹⁾, en raison de cette liberté, assimiler ce droit privatif à la faculté de publier ou non son œuvre, mais cette faculté n'est que la manifestation de la liberté de l'auteur ou de l'artiste, alors que le droit privatif est le résultat du travail auquel s'est librement soumis l'auteur. Avec la conception que nous critiquons, le droit d'auteur n'est que la possibilité d'exploitation, mais c'est là une faculté personnelle ressortissant à la liberté.

« Lorsqu'on dit que le droit privatif de l'auteur représente l'industrie de celui-ci, sa force même de travail, son activité, et non pas seulement un produit de son industrie, on perd de vue que l'œuvre créée, du fait même de la publication, s'est séparée de son créateur pour vivre déjà d'une vie indépendante... ». « Le moment de la publication de l'œuvre a une importance décisive : c'est à partir de ce jour que naît le droit privatif d'exploitation, jusque-là, le droit moral seul existait » ⁽²⁰⁾.

Sans doute, il ne faut pas exagérer cette transformation de l'œuvre du fait de cette publication ⁽²¹⁾ ; il y a là cependant une proposition d'évidence ; avec la théorie que nous combattons, il n'y aurait aucune différence entre les œuvres inédites et les œuvres publiées, puisque ces dernières se trouveraient encore absorbées dans la personnalité de l'auteur.

D'ailleurs cette théorie du droit d'auteur, envisagé comme un droit de la personnalité, a le grave défaut de dissocier des situations juridiques voisines : peut-on appliquer cette théorie aux brevets d'invention, aux marques de fabrique ? Ne pourrait-on concevoir, au surplus,

(18) J. Rault, *op. cit.*, p. 31.

(19) Cf. Andrée Jack, article cité, *Sem. Jurid.*, 6 mars 1938 (col. 7 et 8).

(20) Roubier, *op. cit.*, p. 274.

(21) Note Nast, *D. P.*, 36.2.65, sous jugement Canal.

un état juridique où le monopole d'exploitation de l'auteur n'existerait pas, et où l'auteur pourrait cependant revendiquer contre tout le monde le respect de son œuvre et de sa personnalité ? ⁽²²⁾.

125. — Le droit d'auteur et le problème de son exclusion de la communauté.

En résumé, la thèse du droit d'auteur, envisagé comme un droit de la personnalité, nous paraît défectueuse quant à la méthode ; a-t-elle, d'autre part, des avantages pratiques indéniables ?

Nous ne le pensons pas : la théorie que nous critiquons a permis certes, dans l'affaire Canal, de rectifier une conséquence inique de la jurisprudence de l'arrêt Lecocq. Il est incohérent, en effet, d'admettre que si la communauté est dissoute par le décès de l'auteur lui-même, son conjoint aura la pleine propriété de la moitié du droit d'auteur et l'usufruit de l'autre moitié, c'est-à-dire la jouissance de l'autre moitié, donc la jouissance totale des œuvres, tandis qu'en cas de prédécès du conjoint de l'auteur, ce dernier sera contraint de partager ses droits avec les héritiers du défunt et ne conservera que la moitié du produit de ses propres œuvres ; admettre que la femme auteur, renonçant à la communauté après un divorce, peut-être prononcé aux torts du mari, se voit dépouillée au profit de ce dernier et éventuellement d'une nouvelle épouse, du droit de tirer profit de ses productions littéraires ou musicales, est inadmissible. Et ces arguments incitent à penser avec le Tribunal de la Seine, dans les attendus du jugement Canal, que le droit d'auteur est inconciliable avec l'application des règles qui gouvernent les biens de communauté, c'est une raison pour le considérer comme devant rester toujours propre à l'auteur. De la même façon, d'autres meubles, corporels

(22) Roubier, *op. cit.*, p. 271. V. également : Henri Desbois, l'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique, *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 23 (n° 19).

(comme les papiers de famille), incorporels (comme une assurance sur la vie) restent propres, en raison de leur caractère personnel ; M. le Substitut Gavalda a fort bien montré comment la solution était analogue à celle qui conserve le caractère de propre à l'indemnité attribuée à la victime d'un accident, parce que cette indemnité représente à la fois l'amointrissement de la personne physique et la diminution de la capacité de travail ⁽¹⁾.

Dira-t-on, alors, que le droit de créance vis-à-vis de la Compagnie d'assurances, par exemple, est un droit non patrimonial ? C'est au contraire un droit patrimonial, puisque évaluable pécuniairement, mais ce droit pécuniaire est exclu de la communauté en raison de son caractère personnel. M. Nast ⁽²⁾ nomme ces droits pécuniaires, échappant aux règles de la communauté, droits de la personnalité ; nous préférons qualifier ces droits de droits patrimoniaux à caractère personnel. Ce ne sont pas là, en effet, des droits extra-commercium : la créance d'indemnité est cessible ⁽³⁾.

Le droit privatif d'exploitation est un droit patrimonial, attaché à la personne, en raison de l'influence de l'idée de personnalité de l'auteur sur son régime juridique ; ce n'est pas un droit extrapatrimonial : il est cessible, il est saisissable, il est transmissible. Le fait qu'il reste propre sous le régime de communauté ne peut modifier sa nature juridique. Le projet Jean Zay, du 13 août 1936 ⁽⁴⁾, édicte dans son article 3 : « Quel que soit le régime matrimonial, chacun des époux, s'il est auteur, conserve l'exercice du droit d'auteur et la gestion des biens provenant de l'exploitation de ses œuvres, sous condition de contribuer aux charges du ménage, suivant les

125. — (1) *Gaz. Pal.*, 1936.1.791 (Conclusions de M. le substitut Gavalda). — Voir sur « L'œuvre de la jurisprudence en matière de régimes de communauté », la Thèse de M. Armand Laroche, Bordeaux, 1938, p. 9 à 52.

(2) Régimes, matrimoniaux, tome I, n° 188, p. 226.

(3) Note Capitant, *D. P.*, 1922.1.6 (col. 1) : « l'indem. allouée... peut être cédée à un tiers ».

(4) Escarra, Rault et Hepp, *op. cit.*, n° 32, p. 54.

règles édictées par les articles 1^{er}, 2, et 4 à 11 de la loi du 13 juillet 1907 ». Avant que n'intervienne le législateur, il nous semble que la jurisprudence peut, tout en respectant la théorie du droit double, amender la solution en matière de régimes matrimoniaux. Ce serait désorganiser notre système juridique que d'envisager le droit d'auteur comme une faculté d'exploiter ; l'œuvre artistique ne tombe dans le commerce que par un acte de volonté de l'auteur, la publication ; mais, cette condition remplie, la production peut faire l'objet de contrats divers : cession, mise en société, location ou conventions voisines ⁽⁵⁾ ; il n'y a pas d'inconvénient, au contraire, à reconnaître au droit d'auteur le caractère de propre : il suffit de l'assimiler aux biens à valeur vénale que l'on s'accorde à exclure de la communauté, en raison de leur caractère personnel ⁽⁶⁾. Le droit pécuniaire est un droit patrimonial à caractère personnel, il se distingue du droit moral, droit extra-patrimonial. Ces deux droits distincts sont unis par d'étroits rapports, mais la construction juridique du droit double nous permet de concevoir et l'existence de droits distincts (doctrine d'une bonne technique juridique et très satisfaisante quant à ses conséquences pratiques) et leur compénétration réciproque.

(5) *Rev. trim.*, 1936, n° 6, p. 466 (à propos du jugement Canal), chronique de M. Gaston Lagarde.

(6) Cf. Nast : Régimes matrimoniaux, tome I, n° 189, p. 227 ; M-Nouaros, n° 84, p. 149.

M. Esmein, dans sa note S., 1938.2.169 (col. 2), objecte que le motif qui justifie la qualification de propre est tiré de la destination des biens considérés : c'est la destination du bien, dit-il, qui est déterminante et non son origine. Or les œuvres littéraires ont un caractère purement personnel par leur origine. — L'argument ne nous semble pas décisif : « par leur *fondement* ou leur *nature*, ou par leur destination économique, écrit M. Nast (tome I, n° 188, p. 226), certains biens se rattachent plus ou moins directement à la personnalité humaine ». La liste des droits exclus de la communauté, à raison de leur caractère personnel, n'est donc pas limitée.

126. — Conclusion de portée générale. Droit extra-patrimonial et droit patrimonial attaché à la personne.

Il existe donc des intérêts extra-patrimoniaux relatifs à la personnalité intellectuelle qui sont protégés en droit positif ; l'ensemble de ces règles de protection constitue le droit moral de l'auteur ; si l'on peut discuter cette terminologie ⁽¹⁾, il faut reconnaître qu'elle ne crée aucune ambiguïté : ce droit moral est un droit extra-patrimonial puisqu'il contribue dans sa finalité à protéger un intérêt non évaluable en argent. Le droit privatif d'exploitation est un droit patrimonial ⁽²⁾, puisqu'il assure à son titulaire un monopole de clientèle : il est facilement estimable. Sans doute, on peut le considérer comme attaché à la personne de l'auteur, mais ce caractère particulier est explicable par l'existence même d'un droit moral. Le droit d'auteur (*stricto sensu*) n'est pas le seul droit patrimonial qui possède ce caractère ⁽³⁾.

Il nous est possible maintenant de préciser définitivement notre terminologie : un droit patrimonial est un droit, ayant pour but un résultat pécuniaire ; il est en général évaluable immédiatement en argent et il peut faire l'objet de conventions. Par opposition, un droit non patrimonial est un droit ayant pour but la protection d'un intérêt non évaluable en argent, il ne peut, en principe, faire l'objet de conventions. Il existe, d'autre part, des situations juridiques complexes : c'est, par exemple, un droit évaluable en argent, dont l'exercice met en jeu l'appréciation d'un élément personnel à son titulaire (droit attaché à la personne) ou un droit évaluable en

126. — (1) Cabrillac, *op. cit.*, p. 104-105 ; J. Rault, *op. cit.*, p. 332 ; G. d'Argœuvres, p. 45 et suiv. ; M-Nouaros, p. 66, n° 34. — L'expression « Schutz der Urheberrechte » (protection de l'honneur d'auteur) a été choisie en Allemagne, comme l'équivalent du « droit moral français », dans un article publié au n° 7 de la Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, en 1936.

(2) Masse, *op. cit.*, p. 34-40.

(3) Voir n° 213.

argent qui ne peut faire l'objet de conventions (droit extra-commercium).

Certains auteurs définiront le droit non patrimonial de telle manière qu'ils engloberont dans leur définition toutes ces situations juridiques : les droits non patrimoniaux *largo sensu* comprendront les droits qui ne sont pas évaluablement pécuniairement, ceux qui ne sont pas dans le commerce et ceux qui mettent en jeu l'appréciation d'un élément personnel à leur titulaire. Nous croyons préférable de limiter la notion du droit non patrimonial à l'aide du critère pratique de l'évaluation immédiate en argent et d'admettre l'existence de catégories intermédiaires : celles des droits extra-commercium, ou celle des droits attachés à la personne, par exemple.

Le droit moral est donc un droit non patrimonial, le droit d'auteur (droit privatif d'exploitation) un droit patrimonial cessible, transmissible, mais que l'on peut considérer comme un bien propre, sous le régime de communauté ; le droit de suite institué par la loi du 20 mai 1920 constitue également un droit patrimonial et non un droit personnel attaché à la personne du peintre (4).

Ainsi, des concepts tranchés ne correspondent pas à la réalité, qui, elle, est beaucoup plus nuancée : il s'agit de se mettre d'accord non seulement sur des idées, mais aussi sur des mots.

Les catégories juridiques, que nous proposons, peuvent avoir quelque utilité technique, pour encadrer des phénomènes sociaux présentant une coexistence et même une combinaison du caractère patrimonial et du caractère non-patrimonial (5).

(4) Trib. civ. Seine, 5 févr. 1937, *D. P.*, 1938-2-41 et la note essentielle de M. Escarra.

(5) Comparer Voirin : *Les Biens* (1938), n° 7, p. 5 et 6.

II

DEFENSE DE LA PERSONNALITE DE L'INDIVIDU ENVISAGE COMME MEMBRE D'UNE FAMILLE

127. — Délimitation du sujet. Plan.

L'homme n'est pas seulement un individu isolé vivant dans l'Etat, c'est aussi le membre d'une famille. Cette situation crée pour l'individu des rapports juridiques d'où résultent des droits et des obligations.

Nous n'étudierons ici que la protection des intérêts familiaux, non patrimoniaux ; il importe d'ailleurs de délimiter l'objet de cette étude :

— il ne faut pas confondre avec l'état des personnes les droits et obligations qui en dérivent ⁽¹⁾ : nous avons déjà traité de l'état des personnes et du nom de famille ⁽²⁾, seules les conséquences extrapatrimoniales de l'état retiendront notre attention.

— nous laisserons de côté la protection des intérêts moraux, qui peuvent exister à propos du mariage : par exemple nous ne nous arrêterons pas à la sanction du devoir de sincérité dans le mariage ou à la question des erreurs sur les qualités de la personne ⁽³⁾.

— enfin, nous négligerons toutes les applications de l'article 1382, relativement à la réparation du préjudice moral : par exemple la réparation du préjudice causé aux sentiments d'affection légitime ⁽⁴⁾, ou la réparation du

127. — (1) Cf. Savatier, n° 20, p. 18 ; comp. Perreau, art. cité, *Rev. trim. dr. civ.* 1909, p. 508-509.

(2) Voir n° 9 et n°s 22 et suiv.

(3) Planiol, Ripert et Rouast (tome 2), n°s 101 à 104.

(4) Cf. Maurice Dubois, *Pretium Doloris*, *Th. Lyon*, 1935 ; Savatier : Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile, *Rev. trim. dr. civ.*, 1938, p. 206-212 (voir p. 207, l'emploi de l'expression droit extra-patrimonial) ; H. et L. Mazeaud, tome I, 3^e édit., 1938, n° 320, p. 384 et suiv. — V. Alberto Montel : La réparation des dommages moraux en droit italien, *Bulletin Soc. législ. comparée*, 1935, p. 361. — Eugène Jarra : Les dommages moraux et le Code des Obligations de la République de Pologne, *Bullet. Soc. législ. comparée*, 1935, p. 371.

préjudice moral causé par l'inexécution d'une promesse de mariage ⁽⁵⁾, ou encore la réparation du préjudice causé au sentiment de dignité du foyer familial ⁽⁶⁾.

Sans prétendre donner un tableau complet de la protection des intérêts moraux dans la famille, nous limiterons notre étude à l'exposé :

1° Du régime juridique des souvenirs et des tombeaux de famille : ici la jurisprudence étend la protection de l'intérêt moral au delà des termes de l'article 1382 ; elle écarte les règles du Code civil normalement applicables à la liquidation et à la dévolution successorales afin d'éviter un froissement des sentiments filiaux d'affection de certains descendants.

2° Des droits de famille : puissance maritale, droits et devoirs des époux et surtout puissance paternelle ; ces prérogatives nous sont connues, mais il nous appartiendra de montrer l'importance du contrôle judiciaire qui s'exerce sur elles.

Les situations juridiques envisagées ne sont donc pas les seules, dans le cadre familial, à avoir un caractère extra-patrimonial, mais nous en faisons le commentaire parce que, à leur sujet, la jurisprudence a dépassé le plan de la simple réparation du préjudice moral.

SECTION 1

SOUVENIRS ET TOMBEAUX DE FAMILLE

128. — Division.

Nous nous demanderons quels sont les droits des héritiers sur ces biens. L'intérêt extra-patrimonial touchant au sentiment d'affection et de piété familiale est-il protégé en droit positif ? Et peut-on parler à ce propos de

(5) Planiol, Ripert et Rouast, n° 81 à 86 ; Esmein (tome 6), n° 516 ; Givord, *Th. citée*, p. 57, n° 33 et suiv.

(6) Voir, par ex., Dorville, *op. cit.*, p. 102 et suiv.

droits non patrimoniaux ? Nous étudierons successivement le régime juridique des souvenirs puis des tombeaux de famille.

Paragraphe 1

DU REGIME JURIDIQUE DES SOUVENIRS DE FAMILLE

129. — Position de la question.

Quand une succession vient à s'ouvrir, parmi les biens que vont trouver les héritiers, les uns ont à peu près la même valeur pour ceux-ci ou pour des étrangers ; d'autres biens, que l'on qualifie de souvenirs de famille, ont pour les héritiers une valeur spéciale parce qu'ils se rattachent à des événements survenus dans la famille.

Certains auteurs ne classent à part que les objets sans valeur vénale ⁽¹⁾ ; il faut, avec la majorité de la doctrine, admettre que des souvenirs de famille peuvent avoir une valeur matérielle élevée : « La valeur subjective pour les héritiers l'emportera sur la valeur objective » ⁽²⁾.

Objets matériels comme les autres, doivent-ils subir le sort commun ou sont-ils affectés à une certaine finalité : rappeler à la famille les événements de celle-ci ? Ce côté moral, par lequel on veut les envisager, domine le problème de leur régime juridique. Il faudra déterminer les droits des créanciers, régler les successions, se demander s'ils tombent dans la communauté légale, si l'institution du rapport trouvera application à propos des souvenirs de famille, d'une certaine valeur pécuniaire, qui ont été donnés à un héritier. Des multiples aspects que présente

129. — (1) Champcommunal, Pand. fr. 97.2.81, sous Paris, 3 mars 1890. — Cf. Dorville, *op. cit.*, p. 13.

(2) Demogue : Les souvenirs de famille et leur condition juridique, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1928, p. 27 ; dans le même sens, Planiol, Ripert et Nast, *Contrat de mariage*, I, n^{os} 188 et 190. — Voir Robert le Balle : Les successions *ab intestat* (tome 2) dans le Cours de droit civil français de Beudant, p. 346, n^o 682.

le sort des souvenirs de famille, nous ne traiterons absolument pas, nous contentant de renvoyer au remarquable article de M. Demogue, lequel est classique en la matière. Avec la jurisprudence, la plupart des auteurs reconnaissent qu'il y a des objets d'une nature juridique spéciale, mais cette idée n'est pas toujours justifiée de la même façon. Comment expliquer que ces biens ne soient pas traités comme les autres ? Telle est la question que nous allons examiner.

130. — Souvenirs de famille et droits de la personnalité. Le droit au souvenir, droit extra-patrimonial.

— On peut trouver la base juridique des applications jurisprudentielles dans l'article 842, alinéa 3, du Code civil : « Les titres communs à toute l'hérédité seront remis à celui que tous les héritiers ont choisi pour en être le dépositaire, à la charge d'en aider les copartageants à toute réquisition. S'il y a difficulté sur ce choix, il est réglé par le juge ».

C'est cet article qu'utilisait Demolombe, lequel restait fidèle aux principes de l'exégèse ⁽¹⁾ : « titres communs à toute l'hérédité », cette expression s'applique bien aux titres intellectuels ; le terme de « dépositaire » éveille bien l'idée que ces titres ne sont pas la propriété d'un seul ; ils sont grevés d'une charge spéciale ; le détenteur est tenu de l'action *ad exhibendum* à toute réquisition ⁽²⁾.

— Les auteurs les plus récents ont parlé d'un droit de la personnalité ⁽³⁾. Il faut nous demander quelle est la valeur de cette conception.

130. — (1) Demolombe, tome XV, n° 700 ; V. en ce sens Huc V., n° 279. — Cf. Laurent X., n° 339, qui s'en remet au juge et limite l'art. 842 aux titres d'intérêt pécuniaire.

(2) Demogue, art. cit., p. 56.

(3) E. H. Perreau : Les droits de la personnalité, *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 510 ; Planiol, Ripert et Nast : Contrat de mariage, I, n° 188, p. 226 ; comparer Planiol, Ripert et Trasbot : Donations et testaments n° 56, p. 60, 3°, et Maury et Vialleton : Successions, n° 192, p. 251, et note 7, n° 193, p. 254, 4°.

Il est indiscutable que le régime juridique spécial des souvenirs de famille assure la protection d'un intérêt extra-patrimonial, touchant à un sentiment moral : la piété familiale. L'idée dégagée a donc l'avantage d'éclairer certaines solutions de la jurisprudence, mais il ne faut pas considérer en bloc tous les souvenirs de famille : armes, décorations, papiers, portraits ; en réalité des gradations sont à faire ⁽⁴⁾.

Le premier problème pratique consiste à qualifier un objet de souvenir de famille : les souvenirs de famille, pour la plupart, n'ont pas de valeur vénale, il n'y a alors pas de discussion possible ; ce sont au contraire les souvenirs de famille ayant une valeur intrinsèque suffisante pour faire d'eux de véritables biens, qui vont soulever de grosses difficultés. Il ne faut pas, en effet, exclure du régime de droit commun, de trop nombreux biens à valeur pécuniaire ⁽⁵⁾. Le juge devra, d'après les données de l'espèce ⁽⁶⁾, régler le différend entre les héritiers et les créanciers par exemple ; en tout cas, sous prétexte de sauvegarder un intérêt moral, il ne faut pas apporter l'insécurité dans les relations juridiques : voit-on un individu fétichiste prétendre qu'un bijou a toujours porté bonheur à sa famille et réclamer cet objet de prix, en tant que souvenir ?

La seconde difficulté est d'ordre théorique : s'il est juste d'expliquer par l'idée de protection de la personnalité morale dans le cadre familial cette exclusion du régime de droit commun, peut-on parler cependant d'un droit de la personnalité, d'un droit extrapatrimonial selon notre terminologie ? ⁽⁷⁾.

— Ces biens, objecteront certains, n'ont-ils pas une valeur vénale ? Certes, dirons-nous, mais ils ont un carac-

(4) Demogue, *op. cit.*, p. 57.

(5) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire*, tome 3, n° 919 ; voir n° 2366 *bis*, p. 608. — Cf. Josserand, tome 3, n° 1079, 2°.

(6) Sur le rôle des usages en la matière, voir E.-H. Perreau : *Du rôle de l'habitude*, *Rev. trim.*, 1911, p. 266.

(7) Voir n° 3.

tière personnel marqué ; « par leur fondement, ou leur nature, ces biens se rattachent plus ou moins directement à la personnalité humaine » (8). Nous sommes en présence de droits à régime spécial.

— Pourquoi alors, continueront nos adversaires, ne pas construire un droit double en cette matière comme en matière des droits d'auteur ? Vous avez repoussé la conception d'un droit de la personnalité, à valeur pécuniaire, mais à but personnel, en ce qui concerne les droits d'auteur ; vous avez préféré vous ranger aux côtés des partisans du droit double ; pourquoi admettre ici un droit qui serait affecté d'une finalité non patrimoniale déterminée, à savoir le rappel des événements de famille, mais qui aboutirait néanmoins à la possession d'un bien à valeur pécuniaire ?

Un premier point serait à examiner à propos de cette controverse, c'est celui, traditionnel, de l'existence d'un droit : un régime juridique spécial existe, mais l'héritier a-t-il un « droit » au souvenir de famille ? N'a-t-il pas seulement la possibilité de faire appel au juge qui en définitive réglera le conflit ? Ce recours constitue-t-il alors un droit véritable ? Nous étudierons plus loin le problème, dans son ensemble (9).

Second point : supposons démontrée l'hypothèse de l'existence d'un droit, il nous faut répondre à l'objection présentée plus haut ; la construction d'un droit extra-patrimonial portant sur un bien à valeur évaluable en argent n'implique-t-elle pas une contradiction de notre part ? Nous ne le croyons pas.

Il s'agit ici, en effet, d'une construction juridique ; nous avons essayé de montrer qu'à côté de la conception simple qui traduit non-patrimonial, très généralement, par non-évaluable en argent, existe une conception plus large : des droits, même évaluables pécuniairement, mais à ca-

(8) Nast, *op. cit.*, n° 188, p. 226.

(9) Voir n° 174.

ractère personnel, seraient dits non-patrimoniaux ; nous avons adopté la première notion parce que, dans la majorité des cas, elle permet d'aboutir à des solutions pratiques simples ; cependant, le critère économique (non évaluation en argent) est parfois en défaut ; on recourt alors au critère finaliste, mais seulement à titre d'exception. Pourquoi cet appel à deux critères ? Parce que la vie n'est pas seulement harmonie ; le droit doit répondre à la complexité des situations pratiques.

Nous avons d'ailleurs reconnu la difficulté de séparer en zones nettes le domaine non patrimonial du domaine patrimonial ; le droit à l'honneur aboutit, en cas de violation, à l'octroi de dommages-intérêts ; l'état des personnes doit être distingué de ses conséquences pécuniaires ; le droit aux souvenirs de famille a pour but de protéger un sentiment, non d'assurer un profit patrimonial ; en principe le souvenir n'a pas de valeur pécuniaire, mais si le droit aboutit à la possession d'un bien ayant une valeur vénale, c'est indirectement, peut-on dire, non pour enrichir l'héritier, mais pour satisfaire son sentiment de piété familiale, lui permettre la conservation de cet objet, auquel se rattachent dans sa pensée des événements de famille.

Si, au contraire, nous rangeons le droit privatif d'exploitation (droit d'auteur *stricto sensu*) parmi les droits patrimoniaux, c'est que le but du monopole d'exploitation n'est pas de protéger la personnalité intellectuelle de l'auteur : celle-ci peut être protégée sans qu'il existe un droit privatif ; imaginons que l'édition des œuvres littéraires soit libre, à la double condition de reproduire le texte exact et de donner le nom de l'auteur : cette reproduction n'est pas préjudiciable à l'auteur, elle assure sa renommée et satisfait son dessein, car une œuvre est en principe écrite pour être rendue publique. Le droit privatif assure, au contraire, la protection du patrimoine de l'auteur : il nous semble logique, peut-être, mais pratiquement artificiel, d'envisager le droit d'auteur, comme

un droit unique à double aspect, de supposer que le droit d'auteur n'est que « la liberté de travail ayant pris un aspect spécial pour protéger une profession qui, par la nature des choses, ne l'était pas suffisamment en vertu des dispositions ordinaires des lois qui tendent vers ce but ⁽¹⁰⁾. Le droit privatif ne représente pas la force de travail même, il est le résultat de l'activité de l'auteur, de même le droit de créance du médecin est le résultat de son activité ; le droit privatif est un droit patrimonial ⁽¹¹⁾. Le droit aux souvenirs de famille est un droit non-patrimonial.

D'autre part, ne faut-il pas faire des distinctions à propos de ce droit aux souvenirs de famille ? Dans la très grande majorité des cas, le bien a une simple valeur de sentiment, non une valeur vénale, si bien que certains auteurs ne rangent parmi les souvenirs de famille que les biens sans valeur pécuniaire ; la jurisprudence s'occupe très souvent de ces objets sans valeur patrimoniale.

Allons plus loin : le droit de l'héritier ne reste-t-il pas non évaluable, même en présence de biens à valeur vénale ? Le prétendu droit aux souvenirs de famille, aux objets matérialisant une émouvante tradition familiale, n'est-il pas plutôt le *droit au souvenir*, droit nettement extra-patrimonial celui-là ? Relisons attentivement l'article de M. Demogue : que décide la jurisprudence lorsqu'il s'agit de portraits de famille, biens qui paraissent détachés de la personne et représentent parfois une grande valeur, s'il s'agit de toiles de maîtres ? Généralement les tribunaux tiennent compte avant tout de la valeur pécuniaire du bien ; cependant ils essayent de sauvegarder le droit au souvenir ; la Cour de Paris a admis, par exemple, que les héritiers pourraient faire copier les portraits vendus ⁽¹²⁾ ; la Cour de Lyon a décidé que la licitation devait

(10) Voir Stefea, *op. cit.*, p. 51.

(11) Voir n° 126.

(12) Paris, 3 mars 1896, *D. P.*, 97.2.54 ; *S.*, 99.2.31 ; *Gaz. Pal.*, 97.1.47. Voir Maury et Vialleton, n° 534, 2°, p. 632 et note 4.

s'en faire exclusivement entre les héritiers afin de conserver les biens dans la famille ⁽¹³⁾.

Si le droit au souvenir aboutit exceptionnellement à la possession de biens de valeur, il faut dire qu'il est cependant non évaluable en argent dans la généralité des cas ; lorsque le juge admet la prise de possession d'un bien à valeur pécuniaire, pour assurer la protection du droit au souvenir, nous expliquons cette situation, exceptionnelle, répétons-le, par un conflit entre un droit moral et un droit patrimonial : dans cette lutte, le juge fait triompher l'élément moral ⁽¹⁴⁾.

En conclusion, le droit au souvenir est bien un droit extra-patrimonial, c'est-à-dire non évaluable en argent, mais il peut exceptionnellement aboutir à la propriété d'un bien de valeur pécuniaire. Ce droit, l'héritier ne l'a pas en tant qu'individu ; il l'a parce que sa « personnalité est étroitement la continuation de personnalités précédentes, qui par lui se continueront probablement après lui ». Ainsi, la jurisprudence étend la protection de la personnalité au delà des termes de l'article 1382 ; elle use des moyens mis à sa disposition pour éviter la perpétration d'une atteinte à la personnalité ; elle prévient l'apparition d'une situation régulière en apparence, mais de nature à réaliser cette atteinte ⁽¹⁵⁾.

Des souvenirs de famille, il faut rapprocher naturellement les tombeaux de famille.

(13) Lyon, 20 décembre 1861, *S.*, 62.2.309 ; *D.*, 64.2.7 ; *J. des Not.*, n° 17332. — Voir de même Paris, 19 mars 1864, *S.*, 64.2.170 ; *D. P.*, 64.2.58. Comp. à propos du partage de manuscrits : *Req.*, 13 déc. 1937, *S.*, 1938.1.84 : la petite-fille pourra les conserver, en tenant compte de leur valeur.

(14) Demogue, p. 71, note 2 indique que cette théorie des souvenirs peut se présenter, même pour des personnes morales. L'arrêt de la Cour d'Amiens du 1^{er} juillet 1882 (*Gaz. Pal.*, 82.2.37) fait bon marché du droit moral. — Voir à propos des associations, le décret du 16 août 1901 (art. 15).

(15) Voir Silz, art. cit., p. 341-342.

Paragraphe 2

DES TOMBEAUX DE FAMILLE

131. — Position du problème.

Nous nous proposons d'étudier ici le droit que possède l'héritier sur les tombeaux de famille ; à propos des sépultures, se posent de multiples problèmes que nous nous contentons de signaler : ce sont les questions relatives aux funérailles (caractère civil ou religieux, mode, lieu de sépulture) ⁽¹⁾, celles qui touchent à la nature du droit du concessionnaire de sépulture dans un cimetière ⁽²⁾.

132. — Le droit au tombeau de famille, droit extra-patrimonial.

« Les tombeaux ont toujours été placés, ainsi que le sol sur lequel ils sont élevés, en dehors des règles ordinaires du droit sur la propriété et la libre disposition des biens ; ces fondations pieuses n'étant pas et ne pouvant pas être l'objet de contrats de vente, d'échange ou de toute autre nature d'aliénation, n'ont pas une valeur appréciable en argent et ne peuvent être comprises dans la masse partageable de l'hérédité » ⁽¹⁾.

131. — (1) Maury et Vialleton, n° 9, p. 12 et suiv. ; Robert le Balle : Successions *ab intestat* (collection Beudant), tome II, n° 463.

Voir également Martin : Traité des sépultures 1935 (cité au Répertoire Dalloz, Additions 1938, V° Sépulture) ; les notes de MM. Perreau, S., 1903.2.73 ; Capitant, *D. P.*, 1913.1.41 ; Hugueney, S., 1922.2.105 ; la chronique de M. Hémard, *Rev. trim.*, 1913, p. 222 ; les articles de MM. Cambier, *Rev. catholique de droit* (Belgique), 1904-1905, p. 249 ; Ricca-Barberis, Gli effetti della disposizione relativa al proprio cadavere, *Atti della Accademia delle scienze di Torino*, 1903 ; cf. Diaz de Guijarro : La inhamacion de los cadaveres y las relaciones juridicas familiares Buenos-Aires, 1935.

(2) Picard : Les Biens, n° 139 et notes. — Cf. Bordeaux, 25 mai 1936 et Rouen, 28 juillet 1937, S. 1938.2.41 ; C. de Préf. Rouen, 13 nov. 1936, S. 1938.3.17 et la note de M. Octave Dupond. — V. également note Mestre, S. 1918.19.2.113 ; Trib. civil Seine, 21 juin 1938, *D. H.* 1938.589 ; *Sem. jurid.*, 1938, f. blanche 795, note R. Dallant ; Civ., 5 juillet 1938, S. 1938.1.326 ; Cour de Paris, 19 janv. 1939, *Gaz. Pal.*, 10 mars 1939, n° 69, *D. H.*, 1939.88.

132. — (1) Cass. req., 7 avril 1857, S. 57.1.134. Voir Demogue : Les souvenirs de famille, p. 29. — Dans le même sens, Trasbot : Donations

Les solutions jurisprudentielles relatives à la transmission des tombeaux de famille ont en vue la protection d'intérêts moraux, non patrimoniaux ; les droits sur les tombeaux sont reconnus comme dominés par un but spécial. Le droit au tombeau familial est un *droit extra-patrimonial* ⁽²⁾. Sans doute, les matériaux qui ont servi à construire le tombeau ont-ils été achetés, sans doute les tombeaux pourraient-ils avoir une valeur vénale d'après l'utilisation éventuelle des matériaux de construction, mais le droit au tombeau est extra-patrimonial, car il n'est que le *droit à la sépulture* dans le tombeau de famille, de même que le droit aux objets de famille n'est que le *droit au souvenir*.

— C'est de plus un droit extra-patrimonial protégeant un sentiment moral dans le *cadre de la famille*. Le droit à la sépulture, l'héritier le possède, non pas en tant qu'individu isolé, mais en tant que membre de la famille ⁽³⁾.

Il faut distinguer de cette protection d'un intérêt moral, dans le cadre de la famille, celle d'un intérêt moral de l'individu en tant que tel : par exemple, l'octroi de dommages-intérêts, en réparation du préjudice moral subi par

et testaments, n° 56, 4°, p. 60. — Voir chronique Savatier, *Rev. trim.*, 1931, p. 166 et à propos d'un arrêt d'Angers : chronique Solus, *Rev. trim.*, 1937, p. 646 et chron. Savatier, *Rev. trim.*, 1937, p. 399 (avec référence à l'article de M. Savatier : La transmission des sépultures, Rép. général du Notariat, 1928, art. 21.707. — Citons deux arrêts récents : Angers, 23 fév. 1937, *Gaz. Pal.*, 37.1.773, et surtout Civ., 11 avril 1938, *D. H.*, 1938, p. 321, où nous retrouvons à peu près la même formule que celle précitée de l'arrêt de 1857.

Remarquons que si un contrat de vente n'est pas possible, certains contrats voisins sont admis par la jurisprudence. Comparer la vente des cendres de Marceau, *Rev. trim.*, 1911, p. 145, n° 28, chronique de M. Demogue (Trib. Seine, 15 déc. 1910). Rapprocher Lyon, 17 août 1880, S., 82-2-78, Bordeaux, 9 mai 1883, S. 84.2.75.

(2) V. Maury et Vialleton, n° 193, p. 254, 4° ; Savatier ; Chronique, *Rev. trim.*, 1928, p. 718 et suiv., p. 964 ; Chronique Solus, p. 448 (*Rev. trim. dr. civ.* 1928 également).

(3) Voir : Angers, 23 fév. 1937, chron. Savatier, *Rev. trim.* 1937, p. 400. Comp. Paris, 22 mai 1924, *Rev. trim.* 1924, p. 1025, n° 2, *Rev. trim.* 1927, p. 699, n° 4 ; Cour d'appel de Paris, 2 janv. 1934, *D. H.*, 1934.169. Voir enfin, Trib. civil de Bruxelles, 22 fév. 1938, S. 1938.4.22 ; Poitiers, 21 juin 1938, S. 1939.2.4 ; Cour de Paris, 19 janv. 1939, *Gaz. Pal.*, 10 mars 1939, *D. H.* 1939.88.

des parents proches qui n'ont pu assister aux obsèques ⁽⁴⁾, en raison de la mauvaise organisation des funérailles par une entreprise de pompes funèbres, ou la sanction prévue par l'article 360 (Code pénal) en cas de violation de sépulture ⁽⁵⁾, ou encore l'attribution de dommages-intérêts au mari d'une pauvre femme sur le corps de laquelle on avait pratiqué l'autopsie sans l'autorisation dudit mari ⁽⁶⁾; toutes ces hypothèses d'allocation de dommages-intérêts ou de sanction pénale n'assurent pas la protection d'un intérêt familial, mais d'un intérêt moral de l'individu isolé, le sentiment de pitié et de respect envers les morts ⁽⁷⁾.

133. — Des différends entre proches au cas où le défunt n'a pas exprimé ses volontés quant à ses funérailles.

Il faut distinguer du droit à la sépulture un autre droit extra-patrimonial, le droit de décider du caractère, du mode des funérailles ou du lieu de sépulture, au cas où le défunt n'a pas pris soin d'exprimer lui-même ⁽¹⁾ ses volontés sur ce point.

La jurisprudence appelée à intervenir est parfois hésitante dans ses décisions sur la personne dont il convient de faire prévaloir l'avis; elle marque une préférence sensible pour le conjoint survivant. Certains arrêts ont utilisé l'argument de la puissance maritale: c'est là une

(4) Trib. civil Seine 8 déc. 1936, *Gaz. Trib.*, 11 février 1937; comp. Trib. Seine, 20 déc. 1932, *S.* 1933.244: l'individu qui s'était engagé à organiser les funérailles prétendait retenir le corps du défunt.

(5) G. Timbal: La condition juridique des morts, *Th. Toulouse*, 1903; comp. les art. 407 à 413 du Code pénal italien de 1930.

(6) Lyon, 17 juin 1896, *D. P.* 1898.2.164. — A propos du droit d'autopsie, voir la *Thèse* de M. Roger Brocas, Paris, 1938; cf. les rares arrêts sur cette question: Trib. civ. Seine, 3 fév. 1900, *Gaz. Trib.*, 14 mars 1900; Trib. civ. Montpellier, 11 janv. 1878, *Le Droit*, 14 avril 1878.

Comparer *Rev. intern. du Travail*, octobre 1938, p. 535 (autopsie): « Les prestations médicales en Suisse ».

(7) Voir Dorville, *op. cit.*, p. 99; Ganot, *op. cit.*, p. 156 et suiv.

133. — (1) V. chronique Savatier, *Rev. trim. dr. civ.*, 1931, p. 459, n° 9; F. Lemaître: article publié au *Journal des Notaires*, 1931, p. 549.

erreur certaine. L'argument n'est valable que dans le cas du mari survivant ; de plus, en raison des réformes récentes, il semble peu actuel de l'employer ; la jurisprudence, d'ailleurs, n'admet pas la priorité absolue du conjoint ⁽²⁾ ; les juges s'attachent à l'équité ; ils pensent que le conjoint, par suite de la communauté de vie et d'affection réalisée par le mariage, a pu connaître les intentions du défunt, spécialement lorsque la bonne entente a régné dans le ménage ⁽³⁾, mais encore une fois, c'est le juge qui, en cas de conflit, décidera d'après les circonstances ⁽⁴⁾ de la personne qui fixera le lieu ou le mode des funérailles.

Quel est l'intérêt moral protégé ? Celui du défunt, dont on respecte les intentions présumées ; ce n'est pas là un intérêt moral familial, puisque souvent, au contraire, un conflit s'élève entre des membres également respectables de la famille. Le droit de choix est attribué à la personne que l'on présume connaître le mieux les intentions du défunt ⁽⁵⁾. Le défunt avait toute liberté pour décider du mode de ses funérailles ; il n'a manifesté aucune volonté expresse, on cherche à connaître sa volonté tacite : il y a une sorte de transmission du droit de choisir les funérailles, transmission qui ne tient pas compte de l'ordre successoral, mais de la connaissance des idées et des sentiments du défunt que peut avoir l'interprète de ses volontés choisi par le tribunal ; ainsi un arrêt de la Chambre des Requêtes a préféré le légataire universel à un héritier du sang, à la vérité non réservataire ⁽⁶⁾. Ce droit non patrimonial assure donc simplement le respect de la vo-

(2) Nîmes, 27 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.657.

(3) Trib. civ. Seine, 19 mai 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.2.267 ; Trib. civ. Avesnes, 6 fév. 1931, chronique de M. Savatier, *Rev. trim.*, 1931, p. 622 ; *Gaz. Pal.*, 1931.1.742.

(4) Trib. civ. Fontainebleau, 9 déc. 1932, *Gaz. Trib.*, 18 mai 1933 ; Trib. civ. Lisieux, 5 juillet 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.2.702 ; Trib. Namur (référé), 28 fév. 1938, *S.* 1938.4.32 ; Angers, 15 nov. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.2.786, *D. H.*, 1939, 13.

(5) Rennes, 18 mars 1932, *Rec. Rennes*, 1932, p. 460

(6) Req., 24 juin 1925, *D.* 1926.1.83, note Falcimaigne, *S.*, 1925.1.181.

lonté du défunt, *post mortem* ; le droit au tombeau, au contraire, protège un intérêt moral de l'individu dans le cadre de la famille.

SECTION 2

LES DROITS DE FAMILLE

134. — Position du problème. Division.

Le groupe familial ne peut exister et prospérer à l'exemple de toute autre communauté sociale s'il n'est pourvu d'organes à la fois représentatifs et directeurs qui le personnifient et qui le gèrent, auxquels sont dévolus à cette fin certains pouvoirs effectifs, au premier rang desquels figurent la puissance paternelle, la puissance maritale et, sur un plan plus reculé, l'autorité tutélaire, ainsi que les pouvoirs dévolus au mari comme administrateur de la communauté et de la fortune de sa femme ⁽¹⁾. Deux remarques sont ici nécessaires : 1° ces puissances sont des conséquences de l'état des personnes, mais elles doivent en être distinguées ; 2° nous n'étudierons ces puissances que relativement à leurs attributs s'exerçant sur la personne. C'est ainsi que nous laisserons de côté dans la puissance paternelle, le droit de jouissance légale ou l'administration légale, pour ne retenir que le droit de garde et celui de correction.

De même nous n'envisagerons pas les problèmes posés par la puissance maritale ⁽²⁾ en ce qui concerne la direction pécuniaire du ménage et le mandat domestique de la femme mariée, ou les effets de cette puissance, en tant qu'on lui rattache l'incapacité de la femme mariée ; nous étudierons brièvement l'autorité maritale sur la personne

134. — (1) Jossierand : De l'esprit des Droits et de leur relativité, Paris, Dalloz, 1927, p. 87, n° 63 (une deuxième édition vient de paraître : 1939).

(2) Voir n° 135, à propos de la loi du 18 fév. 1938 qui a supprimé la puissance maritale.

de la femme. De cette autorité, à laquelle correspond un devoir d'obéissance de la femme, nous rapprocherons, pour les distinguer, les devoirs réciproques des époux.

L'étude de ces matières a été faite trop souvent et trop bien pour que nous tentions à notre tour un exposé complet de ces questions : nous étudierons successivement la puissance maritale et les devoirs des époux, puis la puissance paternelle et tutélaire.

Paragraphe 1

LA PUISSANCE MARITALE. LES DEVOIRS DES EPOUX

135. — Limitation du sujet. L'autorité maritale sur la personne de la femme.

Héritée de notre ancien droit, maintenue par le Code en des dispositions très brèves, supprimée, nous verrons dans quelle mesure, par la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée, la puissance maritale a vu ses limites définies par la jurisprudence. Le mot est déplaisant, écrit M. Savatier ⁽¹⁾ ; puissance en dit plus long encore qu'autorité. On entend par puissance maritale l'ensemble des droits qui sont propres au mari et auxquels correspond une situation subordonnée de la femme ⁽²⁾.

Quelles sont les conséquences de la puissance maritale, dans le domaine non patrimonial, avant la loi de 1938 ? La femme prend la nationalité de son mari, elle prend le nom et parfois le titre honorifique de son mari ; le mari choisit le domicile des époux ; le mari contrôle les relations et la correspondance de sa femme ⁽³⁾ ; il autorise sa femme à prendre une situation ; il a la direction du ménage.

135. — (1) Puissance maritale, article publié dans la *Rev. crit.*, 1936, p. 206, n° 1.

(2) Planiol, Ripert et Rouast, n° 374, p. 296.

(3) Planiol, Ripert et Rouast, n° 375, p. 298 ; note Nast, *D. P.*, 1930. 2.129, sous Bordeaux, 15 mars 1929 ; Req. 2 août 1938, S. 1938.1.286.

La jurisprudence n'a pas accepté la conception de Bonaparte, lequel, d'après Thibaudeau ⁽⁴⁾, se serait écrié au Conseil d'Etat, sans doute pensant à Joséphine : « La nature a fait de nos femmes des esclaves ! Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame vous ne sortirez pas, Madame vous n'irez pas à la comédie, Madame vous ne verrez pas telle ou telle personne, c'est-à-dire Madame vous m'appartenez corps et âme ! ». Elle repoussé en effet le droit de correction qu'un arrêt ancien de Chambéry ⁽⁵⁾ semblait consacrer, et le droit de diriger la conscience de la femme ⁽⁶⁾.

Laissant de côté les questions de nom et de nationalité, nous nous demanderons quelle est la portée de la loi du 18 février 1938, notamment en ce qui concerne le contrôle jurisprudentiel de l'autorité maritale sur la personne de la femme, et quels sont les caractères de ce droit de puissance maritale.

136. — Portée de la loi du 18 février 1938. Contrôle jurisprudentiel.

Cette loi, qui a fait l'objet de nombreux commentaires ⁽¹⁾, semble avoir apporté peu de changements, tout

(4) Mémoires sur le Consulat, p. 426.

(5) Chambéry, 4 mai 1872, *D. P.* 73.2.129, *S.* 73.2.217.

(6) Trib. de Mont-de-Marsan, 28 janv. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891.1.384. — Voir Rouast, p. 298, note 1.

136. — (1) Commentaire de M. Nast, *D. P.*, 1939, 4, 1. — Marc Ancel : Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 fév. 1938, Paris, 1938.

Esmein : La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée, *Semaine juridique*, 20 mars 1938 (n° 11), dissertation, n° 55, *Gaz. Pal.*, Doctrine, mars-avril 1938; Julliot de la Morandière : chronique n° 12, *D. H.*, 1938 ; Julien Bonnecase : Une ère nouvelle dans la structure de la vie de famille, *Rev. générale du droit*, 1938 ; Voirin : Notes parlementaires, *Rev. trim. dr. civ.*, 1938, p. 341 et suiv. Sur les conséquences de la loi au point de vue patrimonial, voir *Annales de Droit commercial*, 1938, p. 40, article signé J. P.

E. H. Perreau : Les assurances et la loi du 18 fév. 1938, *Rev. générale des assur. terr.*, 1938, p. 421. — Cons. not.

Voir à propos des travaux antérieurs, Savatier, *Rev. critique*, 1936, p. 221, note 1.

au moins en ce qui concerne la puissance maritale ⁽²⁾. L'article 213 ne dit plus « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari », et les questions de mots ayant leur importance, voilà, il est vrai, une profonde réforme ! Cependant, si la mention de la puissance maritale est effacée dans l'article 1940 du Code civil, elle demeure écrite au contraire dans l'article 1388, et surtout cette puissance est remplacée par la prépondérance du mari comme chef de la famille. Cette prépondérance s'affirme dans le choix du domicile conjugal, dans l'exercice de la puissance paternelle.

Il reste à noter la cessation du devoir d'obéissance : théoriquement la femme n'a plus d'ordres à recevoir en ce qui concerne l'emploi de son temps ou la façon de se vêtir ; le mari n'a plus le droit de lire la correspondance de sa femme ; la femme peut choisir son médecin ou son parti politique sans l'assentiment du mari.

La réforme, pratiquement, n'a qu'un caractère moral ; nous rappellerons, à ce sujet, les propos de Labbé, lequel écrivait ⁽³⁾ : « Les mœurs presque autant que les lois influent sur la puissance maritale ; cette puissance a sa source ou mieux sa consécration dans la loi ; elle puise son mode d'exercice et sa vertu dans les mœurs ». Il en sera de même pour la prépondérance du mari comme chef de famille et juridiquement les droits de recours ouverts à la femme par la loi (art. 213 nouveau, alin. 2 ; 214 nouveau, alin. 8 ; 216 nouveau, alin. 2, etc.), ne font que constater l'existence d'une jurisprudence antérieure, laquelle, devant l'indifférence du législateur à l'égard de la réglementation des droits de famille, a précisé la conception de l'autorité maritale, et par son intervention a pu exercer un contrôle étroit sur l'exercice de cette autorité ⁽⁴⁾.

(2) Voir dans ce sens, Jossierand : Supplément au cours de Droit civil posit. fr. (1939), tome I, 3^e édit. 1938, p. 36-38.

(3) Note sous Bruxelles, 28 avril 1875, S. 1877.1.161.

(4) Cf. Vialleton ; L'autorité maritale sur la personne de la femme, *Th. Montpellier*, 1919 ; Planiol, Ripert et Rouast, n^{os} 381, 382, 383, 385.

137. — Caractères juridiques du droit de puissance maritale. Devoirs des époux.

Appelons donc la puissance maritale un droit de prépondérance du mari dans le ménage : avant même ce changement d'expression, la jurisprudence avait très bien discerné que les pouvoirs donnés au mari ne lui étaient pas conférés dans son intérêt personnel, mais dans celui du groupe familial.

Ainsi la puissance maritale était limitée dans ses divers attributs, la jurisprudence faisant appel à la notion d'abus des droits pour sanctionner les « tracasseries » du mari. L'inspection de la correspondance de la femme, pour prendre un exemple typique, pouvait être abusive si elle était inspirée par la curiosité ou des préoccupations autres que « la sauvegarde de la moralité de l'époux et de l'honneur ou de la sûreté du chef de famille » ⁽¹⁾. De même, la femme devait soumettre ses relations au contrôle du mari ⁽²⁾, mais le mari qui privait sa femme de toute relation mondaine commettait un abus ⁽³⁾.

On a dit alors que la puissance maritale était une « compétence » concédée au mari dans l'intérêt du ménage ; il ne faut pas aller jusque-là : le mariage, en France du moins, n'est pas un service public. Ce qu'il est juste de noter, c'est que ce pouvoir est donné en vue de fins altruistes.

En tout cas, il faut distinguer de ces pouvoirs de chef de famille, les droits accordés à chacun des époux, comme conséquences du mariage et qui correspondent pour l'autre conjoint à des devoirs : devoir de fidélité ⁽⁴⁾, devoir d'assistance consistant dans l'obligation de donner des soins

137. — (1) Bruxelles, 28 avril 1875, *S.* 77.2.161 ; *D.*, 76.2.25.

(2) Bruxelles, 17 avril 1891, *Pand. pér.*, 1891, n° 643.

(3) Paris, 13 juillet 1898, sous Req. 30 nov. 1898, *D.*, 99.1.358.

(4) V. la proposition faite par Paul Hervieu, à la commission de révision du Code civil d'introduire l'amour du conjoint dans les obligations prévues par l'art. 212 et le texte adopté : *Le Temps*, 16 mars 1905 (Rouast, n° 342, note 1).

au conjoint malade ou infirme, et se distinguant donc en tant qu'obligation de faire, du devoir de secours, obligation de donner, devoir de cohabitation enfin. Ces droits d'exiger fidélité, assistance et cohabitation, sont, eux, des droits à esprit égoïste. Ce sont, remarquons-le, des droits à objet non patrimonial. Nous renverrons pour leur étude aux ouvrages classiques ⁽⁵⁾. Une seule question se pose, concernant la puissance maritale et les droits des époux, celle de leurs sanctions.

138. — Sanctions des devoirs réciproques des époux et de la prépondérance du mari, chef de famille. Application de l'art. 1382.

L'étude des devoirs réciproques des époux se ramène à celle de leurs sanctions. La violation du devoir de fidélité est sanctionnée pénalement par le délit d'adultère ; deux autres sanctions ont un caractère civil, ce sont : 1° le droit de demander le divorce ou la séparation de corps ; 2° le droit à des dommages-intérêts. Les sanctions civiles existent seules en ce qui concerne le devoir d'assistance et le devoir de cohabitation, mais on se demande si les sanctions coercitives sont possibles à propos de la violation du devoir de cohabitation. Ces questions sont connues ; à propos des sanctions coercitives, on a beaucoup discuté de leur légitimité et surtout de leur efficacité. L'emploi de la force aboutit à une exécution tout extérieure du devoir d'habitation ; la saisie des revenus de la femme aboutit à la pousser à l'inconduite, et l'astreinte ⁽¹⁾, si l'époux qui y est condamné persiste dans son refus, devra être transformée en dommages-intérêts compensatoires. L'emploi de la force publique apparaît comme de

(5) Voir Rouast, n° 342 et suiv., p. 266.

138. — 1. Rouast, n° 371, p. 293. Sur le procédé de l'astreinte en général, voir Planiol, Ripert et Radouant, n° 788, p. 87 (note 2), (tome VII). Sur une demande tendant à faire cesser des relations coupables sous menace d'astreinte, voir Trib. Castel-Sarrazin, 8 avril 1864, *D.* 64.2.46, et Toulouse, 29 juin 1864, *D.* 64.2.174, *S.* 64.2.155.

moins en moins conforme à nos idées, et ce procédé ne sert qu'à alimenter la chronique pittoresque des journaux, tout au moins lorsque l'exécution *manu militari* s'exerce sur la femme ⁽²⁾.

Avec le procédé des sanctions compensatoires (dommages-intérêts) se pose le problème de la justification juridique de la jurisprudence octroyant une indemnité. Doit-on faire appel à l'article 1142 qui accorde des dommages-intérêts pour l'inexécution d'une obligation contractuelle, ou s'en tenir au droit commun de la responsabilité délictuelle ? Nous dirons avec M. Rouast ⁽³⁾ que l'obligation de fidélité est une obligation légale, le mariage n'ayant pas exclusivement un caractère contractuel. Il en est de même du devoir de cohabitation ⁽⁴⁾ ou d'assistance ⁽⁵⁾ : c'est l'article 1382 du Code civil qui doit donc être appliqué.

Il faut constater le vaste champ de son application ; il pourra jouer contre un époux coupable déjà condamné en vertu de l'article 301 à payer une pension alimentaire, en cas de divorce ⁽⁶⁾ ; il pourra jouer contre le tiers qui s'est rendu complice d'une violation des droits d'autorité maritale ⁽⁷⁾ ou du devoir de fidélité ⁽⁸⁾.

La loi du 18 février 1938 fait cesser le devoir d'obéissance de la femme ; les devoirs réciproques entre époux subsistent bien entendu, mais les sanctions des devoirs entre époux peuvent changer de caractère ⁽⁹⁾ ; il semble

(2) Rouast, n° 372, p. 294. Voir cep. Chambéry, 27 oct. 1931, *D. H.*, 1931, p. 579.

(3) Rouast, n° 346, p. 269.

(4) Rouast, n° 368, p. 291 ; cep. les réserves de Dorville, *op. cit.*, p. 127 et 214 ; Vialleton, *op. cit.*, p. 107-125.

(5) Rouast, n° 360, p. 284.

(6) Rouast, n° 643, p. 537 ; voir Toulouse, 12 mai 1903, *D.* 1904.2.186, note G. Ripert, *D. P.*, 1928.1.5 ; note Mademoiselle Vandamme, *D. P.*, 1938.1.37, sous Civ., 11 janv. 1937 (p. 41, col. 1, conclusion).

(7) Seine, 17 juillet 1901, *D.* 1902.2.109 ; Paris, 4 mars 1903, *D.* 1903.2.144. — Voir Toulouse, 14 déc. 1901, *Gaz. Trib.*, 1902.I.2.173 ; Nîmes, 8 août 1901, *Gaz. Trib.*, 1901.II.2.434.

(8) Rouast, n° 346, p. 268-270.

(9) Esmein, la loi du 18 fév. 1938. *Dissertation Sem. Jur.*, 1938, p. 55 (n° 11).

que l'emploi de la force publique, soit pour ramener la femme au domicile conjugal, soit pour forcer la porte de la maison du mari, sera abandonné, mais déjà cela n'était point fréquent avant l'application de cette loi. Le préjudice résultant de la violation d'un devoir entré époux sera donc réparé par l'octroi de dommages-intérêts compensatoires ; ces devoirs entraînent des obligations susceptibles de se résoudre en dommages-intérêts.

Les situations juridiques que nous venons d'étudier sont évidemment extra-patrimoniales, mais il faut noter que la prépondérance accordée au mari l'est en tant que chef de famille, donc dans l'intérêt familial ⁽¹⁰⁾ : au contraire, les droits des époux assurent la protection d'intérêts individuels dans le cadre de la famille : droits à esprit égoïste, ils se distinguent de la « prépondérance maritale », laquelle est un droit à esprit altruiste.

Paragraphe 2

LA PUISSANCE PATERNELLE

139. — Définition. Limitation du sujet.

La puissance paternelle est l'ensemble des droits et des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs ⁽¹⁾.

Les attributs de la puissance paternelle relatifs à la personne de l'enfant, les seuls que nous ayons à étudier, sont les suivants : le droit de garde, de direction, de surveillance, permettant aux parents de choisir l'habitation de l'enfant, d'être maîtres de son éducation, de contrôler ses relations et sa correspondance ; elle leur confère même le droit de faire emprisonner leurs enfants (droit de correction) ; d'autres attributs enfin sont mixtes, c'est-à-dire produisent leurs effets à la fois sur la per-

(10) Comp. à propos de la resp. du mari pour défaut d'exercice de l'autorité maritale. Colmar, 19 mai 1936, *Rev. trim.*, 1936, p. 847, n° 2.

139. — (1) Planiol, Ripert et Savatier, n° 299, p. 349.

sonne et sur les biens : ce sont le droit d'émanciper l'enfant (art. 477), de consentir ou non à son mariage (art. 148), à son adoption (art. 348), etc. (2).

La jurisprudence fraya la voie au législateur, lequel intervint successivement en 1874, en 1889, en 1898, en 1908, en 1916, en 1921, 1925, 1927 et enfin en 1935 (3). Avant comme après l'intervention du législateur, le concept de l'abus vient imprégner de son esprit moralisateur cette institution centrale qu'est la puissance paternelle et que notre jurisprudence a eu le mérite d'orienter depuis un siècle vers des fins sociales et vers des idéaux altruistes (4).

Après quelques explications très brèves sur ce contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant (5), nous rechercherons les caractères juridiques de ces attributs de la puissance paternelle, relatifs à la personne.

140. — Contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant.

A côté des mesures générales de contrôle prévues et organisées par le législateur, les tribunaux ont admis qu'ils pouvaient, à la demande de la mère ou d'un autre parent, contrôler l'usage fait par le père de ses droits de puissance paternelle. Ce pouvoir des tribunaux aboutit tantôt à une véritable réglementation de la puissance paternelle, tantôt à un simple contrôle de tel ou tel acte accompli par le titulaire de la puissance paternelle, con-

(2) Savatier, *op. cit.*, n° 300, p. 351. — Cf. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et A. Breton : Cours de Droit civ. Etat et capacité, tome 3 *bis*, p. 44 et suiv.

(3) Cf. Josserand : Cours de Droit civil fr., tome I, 3^e éd. 1938, n° 1075.

(4) Josserand : Esprit des droits, n° 68, p. 94.

(5) Il faut signaler que les droits de puissance paternelle et de tutelle peuvent être conférés à certains établissements d'assistance. (Savatier, n° 81, p. 85). C'est évidemment une hypothèse exceptionnelle. Cf. Michoud, *op. cit.*, tome II, n°s 217 à 221 : droits de famille et personnes morales.

trôle qui ne modifie pas alors d'une façon permanente la puissance paternelle, telle qu'elle s'exerce normalement.

De l'examen des nombreuses espèces relatives à la matière, on peut conclure que l'enfant n'a pas de rapports juridiques uniquement avec celui des parents qui est investi de l'exercice de la puissance paternelle : « Des droits rivaux vont s'opposer fréquemment et c'est sous la forme d'un arbitrage entre ces droits que se présente le contrôle des tribunaux » ⁽¹⁾. Les conflits de droits peuvent se présenter sous une forme atténuée : les grands-parents n'ont pas de droits de puissance paternelle proprement dits ; mais la jurisprudence leur reconnaît le droit de visiter leurs petits-enfants : si le père fait obstacle à ces visites le tribunal les réglementera. Dans d'autres cas, il n'y a pas de droits rivaux en conflit : les tribunaux, cependant, limitent l'étendue de la puissance paternelle, quand elle n'est pas exercée dans le sens des intérêts de l'enfant ⁽²⁾.

Ainsi, de nombreux intérêts moraux sont protégés : la jurisprudence a fait œuvre créatrice, par exemple en ce qui concerne le droit de visite. Toutes les décisions tiennent compte de l'intérêt de l'enfant ; cependant, l'organisation du droit de visite a pour but de protéger le sentiment d'affection des grands-parents ⁽³⁾ ; de même le droit de visite des époux en cas de séparation. Certes, il est profitable pour l'enfant de connaître et d'aimer ses grands-parents ou parents, mais le droit de visite réalise en premier lieu la protection du sentiment d'affection.

Avec le contrôle des autres attributs de la puissance paternelle, c'est l'intérêt de l'enfant qui est au premier

140. — (1) Louis de Naurois : Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant, *Rev. crit.*, 1936, p. 472. — Voir A. Breton, *op. cit.*, p. 34 et suiv. — Consulter à part les traités classiques : Terrin, Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne des enfants pendant le mariage, *Thèse Paris*, 1934.

(2) De Naurois, *art. cit.*, p. 473.

(3) Cons. de Juglart : Les droits de puissance paternelle des ascendants, *Rev. crit.*, 1938, p. 383 et suiv. — Hardoin, Examen doctrinal de jurisprudence, *Rev. crit.*, 1938, p. 473 et suiv. — V. également : Civ., 27 juillet 1938, S. 1938.1.327.

rang des préoccupations du tribunal. De cette fin altruiste du droit de puissance paternelle, on a essayé de tirer certaines conséquences relatives aux caractères juridiques de ce droit.

141. — Caractères juridiques du droit de puissance paternelle.

Les droits et les pouvoirs que comprend la puissance paternelle ne sont accordés que comme conséquences des lourds devoirs que les parents ont à remplir et n'ont d'autre but que de leur rendre possible l'entretien et l'éducation de l'enfant ⁽¹⁾.

La terminologie adoptée par le Code civil a été discutée : elle évoque une souveraineté qui n'est plus de mise aujourd'hui, dit-on ; on préférerait employer l'expression « autorité parentale », qui « présente cette double supériorité de mettre une sourdine à une terminologie chez nous un peu trop appuyée, et d'indiquer que le pouvoir dont il s'agit n'est point le monopole exclusif du père, mais qu'il est accordé aux deux parents » ⁽²⁾.

De plus, cette puissance n'existe pas dans l'intérêt de son titulaire, mais dans celui de l'enfant : on a donc parlé de droit-fonction, rapprochant ainsi ces prérogatives des situations de droit public ⁽³⁾. Le père de famille, aussi bien que le tuteur, remplit une mission : la *patria potestas*, droit souverain, est devenue une simple compétence.

Que faut-il penser de ce point de vue ? Il renferme une grande part de vérité ; néanmoins, on ne peut l'admettre sans réserves.

— D'une part, en la personne des parents, la loi sauvegarde l'autonomie qui doit appartenir, dans la société, à

141. — (1) Savatier, *op. cit.*, n° 299, p. 349.

(2) Josserand, tome I, 3^e éd., n° 1076, p. 589.

(3) Voir : Lecompte, *Thèse citée*, Paris, 1930, p. 184-185 ; comp. note Nast. *D. P.*, 1930.2.111 (col. 1) ; P. Raynaud : La renonciation à un droit, *Rev. trim.* 1936, p. 796, n° 35 ; G. Ripert : Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 241, n° 124.

la famille dont ils sont les chefs ; qualifier les parents de fonctionnaires sociaux, paraît dangereux ; signalons à cet égard les excès auxquels aboutit cette conception dans l'Allemagne nationale-socialiste : le mariage n'est plus une affaire privée, c'est un service public ⁽⁴⁾ ; les parents n'ont plus de droit propres sur l'enfant ; ils sont fidéicommissaires de l'Etat ; l'éducation doit être telle que l'enfant devienne un membre utile de la communauté du peuple ; le Kammergericht, par une décision du 11 décembre 1936 ⁽⁵⁾, a placé en éducation forcée un mineur, parce que la formation reçue dans sa famille ne correspondait pas à l'idéal éducatif national-socialiste. « La communauté du peuple peut exiger du particulier qu'il élève ses enfants de telle manière qu'ils deviennent des membres utiles de la communauté » ⁽⁶⁾.

Il faut, selon nos conceptions morales, admettre un droit propre des parents, lesquels sont les représentants de l'intérêt familial.

— D'autre part, il faut bien noter que certaines prérogatives protègent le besoin d'affection des parents (droit de visite) ; cependant, en considération de l'intérêt de l'enfant, les tribunaux interdiront les visites trop nombreuses au cas où elles pourraient être nuisibles à la santé, à l'instruction ou à l'éducation de l'enfant. Le droit de consentir ou non au mariage apparaît, au contraire, comme un droit absolu ⁽⁷⁾.

En résumé, il existe, en notre matière, des prérogatives non patrimoniales ; les unes doivent être exercées uniquement dans l'intérêt de l'enfant ; les autres protègent cependant un intérêt moral individuel, elles sont l'exception. En général, il faut reconnaître que la puissance

(4) Cf. Mankiewicz, n° 40, p. 43.

(5) Décision n° 1 a WX 1971/36 reproduite dans *Deutsche Justiz* 1937, p. 250.

(6) *Deutsche Justiz*, 1937, p. 629.

(7) Voir Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 577, p. 790 b. — Rouast, *op. cit.*, n° 140, p. 122, 2°. — Comp. Jossérand : *Esprit des droits*, n°s 73-75.

paternelle (ou mieux l'autorité parentale) s'est transformée en une prérogative à esprit altruiste ⁽⁸⁾.

Aux droits de garde et de correction sur la personne de l'enfant, correspondent les devoirs d'entretien et d'éducation. Déjà Allison, orateur du Tribunat, s'écriait : « L'autorité des père et mère sur leurs enfants n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas à proprement parler un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle, un devoir indispensable et sacré. Il est seulement vrai que ce devoir, une fois rempli, donne aux pères et mères un véritable droit, le droit légal d'exiger de leurs enfants, pendant tout le temps de leur vie, du respect et des secours » ⁽⁹⁾. Les droits du père sont exercés exclusivement dans l'intérêt de ses enfants, et dans le cas d'exercice abusif, le tribunal peut priver les parents de ces droits, édicte l'article 153 du Code soviétique de la famille ⁽¹⁰⁾. Notre jurisprudence, sans texte, a depuis bien longtemps accueilli cette conception ; surtout, elle a fait preuve de mesure : elle ne considère pas les parents comme des fonctionnaires, et elle assure le respect de pouvoirs qui, très généralement, prennent leur fondement dans une affection naturelle. Sauvegardant l'intérêt de l'enfant, assurant aux ascendants le droit de visite, elle rappelle néanmoins que le droit de garde du père est exclusif ⁽¹¹⁾ et que sa volonté est prépondérante ⁽¹²⁾.

142. — Puissance paternelle et tutelle. Application de l'art. 1382.

La loi confère au tuteur des droits et des pouvoirs sur la personne et sur les biens du mineur confié à ses soins. La tutelle est une fonction juridique, elle est une institution de protection des mineurs. Le Code donne au tuteur

(8) Cf. Josserand : *Esprit des droits*, nos 69-75 ; de Naurois, art. cit., p. 521-525 ; Savatier, n° 302, p. 355.

(9) *Dalloz Jur. Gén.* Voir : Puissance paternelle, n° 38.

(10) Traduction Patrouillet et Dufour, p. 91.

(11) Paris, 1^{er} déc. 1936, *Gaz. Trib.*, 21 janv. 1937.

(12) Paris, 16 juin 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.2.539.

une sorte de diminutif de la puissance paternelle ⁽¹⁾. On pourrait, il est vrai, concevoir une distinction plus rationnelle, selon laquelle la puissance paternelle représenterait des droits sur la personne et la tutelle des droits sur les biens ⁽²⁾. Mais dans notre droit, la tutelle est de même nature que la puissance paternelle ; le tuteur a seulement des droits moins étendus, et, d'autre part, la tutelle présente à un plus haut degré un caractère altruiste ; on peut presque dire qu'elle est une compétence.

La tutelle laisse à part les prérogatives de magistrature familiale, qui sont considérées comme le bien propre du chef de famille, et c'est bien plus la direction de la personne de l'enfant que celle de sa fortune qui est considérée comme intangible aux mains du chef de famille. Il y a cependant certaines difficultés ⁽³⁾ ; en effet, dans la définition que nous avons donnée, la puissance paternelle comprend tous les droits et pouvoirs des parents ; cependant le même mot, dans un sens restreint, ne désigne que les droits dans l'exercice desquels la loi laisse aux parents, représentant l'intérêt familial, un pouvoir presque discrétionnaire, à l'abri des empiètements des tribunaux et du reste de la famille ⁽⁴⁾.

Il est certain que le tuteur a sur la personne du mineur un rôle de garde, de direction, de surveillance, tout au moins quand il n'y a pas coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle ⁽⁵⁾. Lorsque la puissance paternelle s'éteint, la haute main sur la direction personnelle du mineur passe au conseil de famille, lequel respectera les volontés exprimées par le dernier des père et mère ; cependant, le conseil de famille n'hérite pas de la magistrature des parents dans son intangibilité, surtout quand il y a un tuteur testamentaire ou un ascendant tuteur ⁽⁶⁾.

142. — (1) Savatier, n° 301, p. 352, note 2.

(2) Rousseau : La minorité des enfants naturels, p. 22 et suiv.

(3) Voir Savatier, n° 301, p. 354.

(4) Savatier, n° 299, p. 350 et n° 301, p. 352.

(5) Savatier, n° 419, p. 467.

(6) Savatier, n° 524, p. 565, note 1.

Si le conseil de famille est l'organe législatif de la tutelle, c'est en définitive le tuteur, sous le contrôle du conseil de famille, qui sera chargé du gouvernement de la personne du mineur.

Ainsi nous trouvons, aussi bien dans la puissance paternelle que dans la tutelle, des pouvoirs de nature extra-patrimoniale. On peut se demander comment ils sont sanctionnés.

Les parents peuvent réclamer le secours de la force publique et faire reprendre l'enfant *manu militari* en cas de fugue ; le rapt du mineur constitue un délit pénal ; mais en cette matière c'est encore l'article 1382 qui sera d'application la plus fréquente ⁽⁷⁾ : la personne qui a détourné l'enfant est passible de dommages-intérêts ⁽⁸⁾ ; les parents peuvent agir en dommages-intérêts contre l'individu qui chercherait à détourner l'enfant de ses traditions religieuses ou inversement lui imposerait, malgré eux, une pratique religieuse ⁽⁹⁾ ; l'instituteur, en cas de violation de la neutralité religieuse ou de propos contraires aux mœurs ou aux convenances, peut être condamné à une indemnité ⁽¹⁰⁾.

Les parents pourraient réclamer des dommages-intérêts aux tiers qui, malgré leur volonté, auraient procuré à l'enfant des livres dont ils auraient interdit la lecture.

Ainsi, une fois de plus, c'est à l'article 1382 que l'on fera appel afin de réparer pécuniairement le préjudice moral causé : en matière extra-patrimoniale, donc, il semble que l'article précité soit en Droit français de portée générale.

(7) V. par exemple, Liège, 28 mars 1929, Pas. 1929.2.133 : Les parents ont droit à des dommages-intérêts des époux qui se sont mariés au mépris d'un jugement rendu sur leur opposition (voir *Rev. trim.* 1930, p. 544 n° 15).

(8) Nancy, 25 janv. 1873, *D. P.*, 1873.2.11 ; S. 73.2.255.

(9) Liège, 5 mai 1909, *D. P.* 1911.2.364. — Comp. Trib. de paix de Saintes, 10 nov. 1906, *D. P.* 1907.5.32 ; Dinant, 14 fév. 1907, Pas. 1907.2.201 ; v. également *Rev. trim. dr. civil* 1914, p. 379, n° 9.

(10) Dijon, 24 mars 1908, *D.* 1908.2.253, Affaire Morizot ; Dijon, 28 déc. 1908, *D.* 1909.2.13.

III

DEFENSE DE LA PERSONNALITE DE L'INDIVIDU ENVISAGE COMME MEMBRE DE L'ETAT

143. — Position du problème. Des situations extra-patrimoniales de droit public.

Il est évident que, dans le cadre du droit public, certains intérêts non patrimoniaux sont protégés.

C'est le Droit pénal qui assure la sanction des atteintes à l'intégrité physique, de la violation du secret professionnel, des atteintes à l'honneur, de la contrefaçon. Réserve faite de la question de la responsabilité civile, le Droit public apparaît donc à propos de chaque situation étudiée ; cependant, on peut dire qu'il intervient comme sanction d'un rapport juridique de droit privé. Ici, au contraire, nous voulons rapidement montrer l'existence de rapports juridiques non patrimoniaux de droit public. Nous sommes contraints, par le cadre même de notre étude, de limiter nos développements, lesquels n'ont d'ailleurs pour but que de donner un aperçu de la question.

Nous trouvons d'abord les *droits politiques* ⁽¹⁾ : c'est-à-dire ceux qui font participer l'individu au gouvernement de son pays : il y a bien ici protection d'un intérêt extra-patrimonial ; cependant, il n'est pas certain que ces situations soient des « droits ». En effet, ces prérogatives diverses (droit de suffrage politique, droit d'être juré) doivent être exercées dans l'intérêt de l'Etat, non dans celui de leurs titulaires.

Nous trouvons ensuite les *droit publics* ⁽²⁾ : c'est-à-dire

143. — (1) Voir sur la classification des droits, introduction, n° 5.

(2) Voir n° 5.

les droits nécessaires à l'individu pour la protection de sa personnalité. Ce sont ces derniers que nous étudierons ici.

Que faut-il entendre par droits publics ? Ce sont les droits qui assurent à l'homme ⁽³⁾ le libre développement de sa liberté sous les différentes formes de ses manifestations. Une liberté, en effet, ne se conçoit pas à l'état pur, brut, absolu : il faut bien qu'elle s'intègre dans l'Etat et dans la société ⁽⁴⁾. La liberté ne peut pas consister à pouvoir tout dire et tout faire : il existe donc nécessairement une réglementation des droits individuels.

Avec la liberté absolue, il n'y a plus de société ; avec l'autorité absolue, il n'y a plus de liberté : le problème est de trouver le point d'intersection entre l'intérêt du groupe et l'intérêt de l'individu ⁽⁵⁾.

Au XVIII^e siècle, les droits publics étaient appelés droits naturels ou droits de l'homme, parce qu'on considérait qu'ils avaient leur source dans l'état d'indépendance primitive de l'homme (théorie de Rousseau) ; certains auteurs parlent aujourd'hui de droits de la personnalité.

L'énumération même de ces droits publics nous prouve la nature non pécuniaire de leur objet : la liberté de la personne physique, la liberté d'aller et venir, la liberté de l'intimité (inviolabilité de la maison ou de la correspondance), la liberté des groupes (liberté d'association ou de réunion, manifestations sur la voie publique), la liberté de la pensée (presse, enseignement, liberté de conscience) ⁽⁶⁾, l'égalité devant la loi (justice devant les charges publiques, égale admission aux fonctions publiques), la liberté économique même (propriété, liberté des contrats, liberté du travail, liberté du commerce et de l'industrie), présentent toutes un aspect non patrimonial,

(3) Sur les droit publics appartenant aux pers. morales, voir Michoud, *op. cit.*, tome II, n° 221 et suiv., p. 97.

(4) J. Barthélemy : Précis de droit public, *Dalloz* 1937, n° 84, p. 60.

(5) Voir sur la solution du droit positif ; J. Barthélemy, *op. cit.* — Duguit : Droit constitutionnel, tome V.

(6) Cf. C. d'Etat, 28 avril 1938. Dlle Weiss, S. 1938.3.59. Conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Dayras.

car la liberté est une en soi ; elle a des manifestations diverses que l'on peut essayer de classer à condition qu'on ne prétende pas établir entre elles des cloisons étanches : la liberté du travail et du commerce a évidemment des conséquences pécuniaires, mais la faculté même de pouvoir exercer tout genre de travail, est en elle-même un aspect de la liberté en général.

144. — De la garantie des droits publics.

Il existe, dit-on, des libertés publiques, mais si l'on dépasse le plan philosophique, on peut se demander comment juridiquement sont sanctionnées les violations de ces « droits » individuels. Les garanties (nous entendons par là les garanties organisées, car les garanties inorganiques, comme l'appel aux forces morales, le droit à l'insurrection ou la résistance à l'illégalité, nous paraissent ressortir de la philosophie juridique) peuvent être préventives ou répressives ; les tribunaux français n'ont aucune compétence pour juger la constitutionnalité des lois ⁽¹⁾, il n'existe pas de responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par les lois ⁽²⁾ ; pratiquement la défense des droits et libertés est assurée par le recours pour excès de pouvoir ⁽³⁾ ; la responsabilité sert également de sanction à la violation des libertés : elle répare les dommages causés au droit de réunion ⁽⁴⁾, à la liberté individuelle. Elle a de plus une autre utilité ; par la voie du recours pour excès de pouvoir, on peut aboutir à l'annulation d'un acte administratif, laquelle sera généralement suivie de mesures prises par l'Administration,

144. — (1) Cf. C. d'Etat, 6 nov. 1936, *D. P.*, 1938.3.1. — Note de M. Eisenmann, Conclusions du Commissaire du gouvernement Latournerie.

(2) Cf. Note Louis Rolland, *D. P.* 1938.3.41, sous Conseil d'Etat, 14 janv. 1938 (deux arrêts) et conclusions de M. Roujou, commiss. du gouvernement.

(3) Barthélemy, *op. cit.*, n° 411, p. 302.

(4) *Op. cit.*, n° 414.

comme conséquences logiques de l'annulation : si l'Administration ne prend pas ces mesures, l'intéressé disposera du recours en indemnité, lequel sera favorablement accueilli par le Conseil d'Etat, lorsqu'il s'agira de l'exécution de ses décisions (5).

Cette question de la sanction des libertés nous amène à formuler une remarque d'ordre général : est-on bien en présence de droits ? Certaines de ces libertés sont bien définies dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, mais cette Déclaration même n'a jamais eu en France la valeur d'un texte juridique applicable par les tribunaux (6).

Admettons que les principes de cette Déclaration soient appliqués. Les décisions du Conseil d'Etat ne s'appuient pas sur cette Déclaration ; elle est, a dit le Commissaire du Gouvernement Corneille, dans l'affaire Berthomet (C. d'E., 10 août 1917) au frontispice de toutes les constitutions républicaines. On peut donc dire qu'elle n'est pas partie intégrante de notre constitution actuelle.

D'ailleurs, que ces libertés soient définies dans une déclaration ou retrouvées dans leur essence par la jurisprudence constructive du Conseil d'Etat, le problème de leur nature subsiste : ne peut-on juridiquement parler à propos du recours pour excès de pouvoir d'intérêts protégés, et non de droits ?

145. — Droits extra-patrimoniaux privés et libertés publiques.

Il faut remarquer que l'on retrouve dans les droits inhérents à la personne, qu'ont construits pour le Droit civil la doctrine et la jurisprudence, toutes les libertés individuelles du Droit public sous des dénominations à peine modifiées, écrit justement M. Régamey (1).

(5) Barthélemy, n° 411, p. 303.

(6) Barthélemy, *op. cit.*, p. 44, note 54.

145. — (1) Marcel Régamey : La protection de la personnalité en droit civil, *Th. Lausanne*, 1929, p. 9.

En effet, les droits extra-patrimoniaux de droit privé sont souvent l'adaptation au Droit civil des libertés constitutionnelles ; mais, contrairement à M. Leresche ⁽²⁾, nous ne pensons pas qu'en se basant sur le fait que des dispositions constitutionnelles garantissent certaines libertés contre les atteintes des pouvoirs publics, on puisse inférer que les mêmes libertés sont protégées contre les atteintes des particuliers.

Et de même une liberté protégée contre les atteintes des particuliers n'est pas forcément garantie contre celles des pouvoirs publics.

Cette distinction des situations de droit privé et des situations de droit public, tient à la technique juridique ; elle n'est pas absolue ; le Droit pénal assure la sanction des atteintes portées par un particulier à un droit privé extra-patrimonial, et la notion d'ordre public exerce une influence sur les rapports de droit privé ⁽³⁾.

Nous avons, par ces aperçus, achevé notre première partie ; il nous reste à conclure.

146. — Conclusion. Résumé et transition.

Il nous faut, en conclusion de cette première partie, résumer nos observations et nous rendre compte des difficultés que nous aurons à résoudre dans l'étude synthétique des situations juridiques non-patrimoniales. Il est temps, après le tour d'horizon, de faire le point :

1° Le droit positif français assure la protection de nombreux intérêts non patrimoniaux, en droit privé comme en droit public.

2° Les bénéficiaires de cette protection sont aussi bien

(2) Leresche : L'atteinte au crédit en droit civil suisse, Lausanne, 1920, p. 32.

(3) Cf. Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 242 et suiv., notamment n° 245. — A propos du contrat de travail (art. 1780 Code civ.) : Planiol, Ripert et Rouast, tome XI, n° 846, p. 82. — A propos de l'article 1142 et ses rapports avec la notion de liberté individuelle, cf. Planiol, Ripert et Esmein, tome VII, n° 780, p. 75.

les personnes morales que les personnes physiques ; par leur nature même, cependant, les personnes morales sont l'exception, et nos commentaires traitaient surtout des êtres humains : n'oublions pas toutefois que les personnes morales ont un nom, un domicile, un état, une capacité, une profession, un patrimoine ⁽¹⁾ et que l'on assure la défense de leurs intérêts moraux ⁽²⁾.

3° Il faut noter le rôle important du Droit pénal en la matière ; la violation de la plupart de ces intérêts constitue une infraction pénale assortie d'une peine ; cependant la base de protection est constituée par l'article 1382 du Code civil, lequel reçoit une très large application.

— Ces données étant considérées comme acquises, deux questions restent à préciser :

a) Si nous avons démontré l'existence d'une protection des intérêts non patrimoniaux, nous avons expressément réservé le problème de l'existence de « droits » non patrimoniaux. Il faudra nous demander notamment si chaque application du principe de la responsabilité civile implique la lésion d'un véritable droit.

Nous nous sommes déjà rendus compte que le terme « droit » est employé fréquemment, sans qu'à son emploi corresponde un concept défini.

Parler de droit au domicile, par exemple, est illusoire, parce que c'est là une notion de classement ; de même on n'a pas un droit à l'état, mais on a un état : il s'agit uniquement, en ce qui concerne la protection des intérêts extra-patrimoniaux relatifs à l'individualité, de règles déterminatives. L'individu a une action pour faire reconnaître son état, préciser son domicile. Est-ce là un droit ? Peut-être, mais n'est-ce pas uniquement le droit d'ester en justice, dans le cas de mauvaise application de la loi ?

146. — (1) Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 665, p. 381. — Il faut remarquer que leur état ne comprend pas, cependant, le *status civilis*. Cf. dans le même sens, Michoud : La théorie de la personnalité morale, 3^e éd., tome II, n° 214, p. 86 (3°).

(2) Michoud, *op. cit.*, tome II, n°s 215-216.

Seul le nom paraît pouvoir être l'objet d'un droit, car à côté des intérêts de la société, l'individu titulaire du droit au nom défend un intérêt personnel, lorsqu'il revendique l'honneur de porter un nom, enseigne de sa personnalité et des traditions de sa famille, et lorsqu'il interdit à autrui l'usage non légitime de ce nom.

— A propos de la protection des intérêts relatifs à la personne physique, nous avons observé que les rapports de l'individu et de l'Etat intéressent plutôt la philosophie que le droit : ce bien inné que constitue la vie, l'Etat peut demander à l'individu de le donner dans l'intérêt social, dans l'intérêt de la patrie ; l'expression : droit à la vie nous paraît donc assez vague ; de même le problème consistant à se demander si ce droit à la vie peut permettre à l'individu d'en abuser, c'est-à-dire d'user d'un droit au suicide. Seuls sont susceptibles de donner naissance à des droits, les rapports des particuliers entre eux (droit au refus de traitement par exemple), mais nous avons remarqué que le plus souvent on retombe finalement dans la question générale de la responsabilité civile (pour dommage corporel).

— C'est avec la protection des intérêts relatifs à la personnalité morale, que nous apparaîtront, avec le plus de netteté, semble-t-il, de véritables droits ; certes, là encore, c'est à partir de l'article 1382 que s'est construit le système juridique de protection, mais les tribunaux ont dépassé l'application pure et simple du principe de responsabilité civile : il est important de noter cette force créatrice de la jurisprudence ; elle correspondait à un besoin d'équité ; sans texte, elle a donné une solution, parfois empirique, mais presque toujours humaine. Si d'aucuns ont pu parler, à ce propos, de droits naturels, nous croyons plus juste, pour notre part, d'affirmer l'influence en ce domaine des conceptions morales.

C'est cet épineux problème de l'existence de « droits » non patrimoniaux qui nous retiendra tout d'abord dans notre seconde partie.

b) Nous avons rencontré une autre difficulté d'ordre général : celle consistant à délimiter les situations juridiques non patrimoniales ; aussi, avons-nous dû, pour éclairer nos développements, adopter un critère simple, faisant remarquer toutefois que la pratique connaît un enchevêtrement des situations patrimoniales et non patrimoniales, que cette complexité inhérente au sujet ne doit jamais être perdue de vue. Une conception *largo sensu* du terme « non patrimonial » était possible, avons-nous dit, mais le concept strict (un droit extra-patrimonial est un droit présentant les deux caractères suivants : 1° il est non évaluable pécuniairement, 2° il a pour fin immédiate de satisfaire un intérêt d'ordre non pécuniaire) facilite, croyons-nous, la clarté de l'exposé, et par là la compréhension du sujet : en supposant adoptée la conception large, il nous aurait fallu immédiatement diviser nos situations non patrimoniales (*largo sensu*) en deux catégories distinctes, et le champ d'application de notre critère aurait été restreint.

Nous entendons défendre notre terminologie ; aussi, après avoir dégagé, si c'est possible, la notion de « droit » non patrimonial, nous essayerons de démontrer l'autonomie de cette catégorie juridique : pour cela, nous grouperons en une étude synthétique les caractères juridiques communs de ces situations non patrimoniales.

Mais nous savons qu'entre les droits patrimoniaux et les droits non patrimoniaux, existent des droits à caractère mixte, ceux-là mêmes que certains veulent englober dans une conception large. Nous nous occuperons donc des rapports juridiques des situations patrimoniales et non patrimoniales.

Ce sera pour nous une nouvelle occasion de préciser nos conceptions, que cette première partie de notre travail nous a seulement permis d'esquisser, et par là de prendre une vue plus complète du sujet.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'EXISTENCE
ET DE LA NATURE JURIDIQUE
DES DROITS EXTRA-PATRIMONIAUX

147. Plan.

Après l'analyse, la synthèse. Nous avons pris connaissance des divers intérêts extra-patrimoniaux protégés par le droit positif. Suivant les idées précédemment formulées, nous traiterons en deux chapitres :

Chapitre 1^{er} : De l'existence des droits extra-patrimoniaux.

Chapitre II : Des caractères juridiques de ces droits.

CHAPITRE PREMIER

**DE L'EXISTENCE
DES DROITS EXTRA-PATRIMONIAUX**

148. — Division.

A propos de chaque situation juridique extra-patrimoniale, nous nous sommes demandés si la protection d'un intérêt non patrimonial impliquait toujours l'existence d'un *droit* extra-patrimonial : il est temps d'aborder l'examen de cette question fondamentale.

Chacun sait, ou sent tout au moins, le nombre et la variété des droits de la personnalité, écrit M. Perreau ⁽¹⁾ : en vérité, l'idée de personnalité est implicitement contenue dans tout système juridique, mais l'intuition ne peut suffire pour traiter un problème de technique juridique tel que celui de l'existence de droits.

De quoi s'agit-il en effet ? Les tribunaux sanctionnent tous les jours des atteintes à la personnalité ; l'absence de principes déterminés conduit à une réelle incertitude, aussi voit-on parfois notre jurisprudence affubler de qualifications étranges, pour les faire entrer dans les cadres de droits déjà connus, des situations juridiques nouvelles ; le plus souvent on appliquera purement et simplement la règle de la réparation du dommage. Il est significatif, à cet égard, de noter comment la théorie des droits de la personnalité a pris naissance : c'est à propos du paragraphe 823 du B. G. B., en Allemagne, de l'article 28, premier alinéa du Code civil suisse, de l'article 1382 du Code civil français, enfin, que l'on rencontre le plus fréquemment posé le problème des droits de la personnalité.

Pour remédier aux lacunes des législations positives, les auteurs, principalement allemands et suisses, ont élaboré la théorie des droits de la personnalité : nous laisserons évidemment de côté les notions de pure technique

148. — (1) Perreau : Des droits de la personnalité, *Rev. trim. de dr. civil*, 1909, p. 502.

juridique allemande ou suisse pour dégager seulement les conclusions de portée générale, si elles existent ; cependant nous aurons le regret de constater l'abondance d'arguments pseudo-juridiques et, surtout, nous aurons à discuter l'emploi inconsideré du vocable « droit », lequel, pour avoir une signification scientifique, doit correspondre à un concept bien défini.

Nous rechercherons donc, en un chapitre premier, quel concept correspond au terme « droit » ; en un chapitre 2, nous ferons application aux situations juridiques non patrimoniales des principes déduits de notre étude, ce qui nous permettra de porter une appréciation critique sur la théorie des droits de la personnalité ⁽²⁾.

SECTION 1

LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF ET LA TECHNIQUE DU DROIT PRIVE POSITIF

149. — Terminologie. But de cette étude. Division.

« La langue du droit est encore mal faite et cela complice beaucoup les discussions : un grand nombre de termes les plus importants, Etat, souveraineté, liberté, propriété, *droit même*, sont susceptibles d'être pris dans des sens très différents ; les juristes semblent ainsi se trouver dans un perpétuel désaccord, en réalité souvent plus apparent que réel, et cela contribue à écarter de la science du droit, les esprits soucieux de précision. Il est utile, de temps en temps, d'essayer de mettre un peu d'ordre dans ces multiples théories et de montrer que l'unité du droit

(2) C'est généralement sous ce nom qu'est présentée la théorie des droits extrapatrimoniaux. Nous verrons qu'à la nuance de terminologie, s'ajoute une différence de fond, concernant le champ d'application de la théorie des droits de la personnalité.

survit à tant de divergences dont certaines tiennent surtout à des questions de terminologie » ⁽¹⁾.

Le mot « droit » devrait être banni de la langue juridique, s'écriait un jour un jurisconsulte d'esprit ; sans recourir à cette extrémité, il serait nécessaire de limiter son emploi. Oudot avait autrefois relevé sept ou huit acceptions du mot ⁽²⁾ ; les auteurs récents en indiquent généralement trois :

1° Le Droit, au sens de science juridique : l'étudiant fait son Droit, il suit les cours de la Faculté de Droit : on peut remplacer ici le mot Droit par une expression équivalente : la science juridique, la juricité, pour employer la terminologie d'Edmond Picard. Notre langue manque d'un substantif correspondant à l'adjectif juridique : le mot jurisprudence qui, étymologiquement, signifie science du Droit, a été détourné de ce sens précis et signifie l'interprétation des tribunaux, l'ensemble des directions judiciaires.

2° Le Droit désigne aussi l'ensemble des règles qui gouvernent l'activité humaine dans la société et dont l'observation est sanctionnée au besoin par la contrainte sociale, autrement dit par la force publique ⁽³⁾ : on dira le Droit français, le Droit italien, etc. Certains jurisconsultes ajoutent au substantif le qualificatif : objectif.

Notre travail ne concerne que le Droit positif, c'est-à-dire le Droit en vigueur chez un peuple déterminé. Le Droit naturel s'oppose au Droit positif : on parle beaucoup de Droit naturel, car l'idée qu'il existe un Droit supérieur au Droit existant, révélé à l'homme par sa

149. — (1) Louis le Fur : Les grands problèmes du Droit, Paris, Sirey, 1937, p. 204.

Sur la nécessité de distinguer le droit moral du droit spécifiquement juridique. Cf. J. Dabin : La philosophie de l'ordre juridique positif, Sirey, 1929, n° 1.

(2) Conscience et science du devoir, 1856, I, p. 12-13 ; II, n° 402, p. 17. — Cf. Becquart, *op. cit.*, V° Droit, p. 96, n° 62.

(3) Colin et Capitant : Cours élémentaire de dr. civ. fr., 8° édit., p. 1, n° 1, 1°.

raison, par les sentiments du juste et de l'injuste, a toujours hanté l'imagination du juriste (4).

Il faut repousser le secours du Droit naturel, surtout dans notre sujet : certes on pourrait tirer d'harmonieux développements de l'idée de personne, ou de personnalité, et les philosophes n'y ont pas manqué ; mais « comment voulez-vous qu'on raisonne, écrit Bentham (5), avec ces fanatiques armés d'un Droit naturel que chacun applique à sa façon ? Que répondre à des gens qui ont des hallucinations du juste, sinon qu'ils se trompent ? ».

Nous croyons beaucoup plus profitable de parler avec M. Ripert (6) de la morale comme facteur essentiel du droit, et M. Le Fur n'écrit-il pas lui-même (7) : « Plusieurs juristes éminents français et étrangers m'ont affirmé être complètement d'accord au fond avec les partisans du Droit naturel mais rejeter seulement cette expression : si l'on consentait à parler de morale au lieu de droit, il n'y aurait plus aucune opposition ».

Tout le monde est d'accord pour conclure que le Droit naturel, selon l'ancienne conception, n'existe pas : il est une illusion, il n'y a pas de collection de règles, de code de la perfection ; cependant, à côté des normes positives, subsiste un idéal moral de la société. La volonté du gouvernement est conditionnée par toutes les forces qui sont en action dans la société humaine et c'est faire une analyse incomplète que de ne pas tenir compte des forces morales (8).

Le principe directeur, « l'idée qui inspire et oriente » (9)

(4) V. Capitant : Introduction à l'Etude du dr. civil, 5^e édition, p. 30, n° 7. — Comp. A. Dumas : L'essence du droit, *Archives de phil. du Droit*, Cahier 3-4 1936, p. 123.

(5) Principes de Législation, éd. Dumont, t. I, chap. 13, p. 129.

(6) G. Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, 3^e édit., 1935, p. 27, n° 15.

(7) L. le Fur : Les grands problèmes du Droit, p. 166.

(8) Ripert, *op. cit.*, p. 26, n° 15.

(9) Beudant : Le droit individuel et l'Etat, 1891, p. 38.

l'homme dans ses efforts incessants pour améliorer l'ordre social, ne saurait être niée. « Ce n'est pas seulement dans l'élaboration de la règle de droit que la morale intervient, mais aussi dans l'application et l'interprétation de la règle, note M. Ripert ; le juge est le législateur des cas particuliers » ⁽¹⁰⁾.

L'esprit humain ne peut se passer de direction ; cette direction existe : c'est la morale d'une époque donnée. Cette morale se rattache au passé et à l'avenir : au passé par les dogmes acquis, considérés comme immuables et qui constituent l'armature ; à l'avenir par la formation de courants juridiques, puissants mais variables ⁽¹¹⁾. Le Droit naturel n'est donc que l'ensemble des conceptions morales d'une époque donnée, ou plus exactement l'ensemble des seules règles morales transposables dans le domaine juridique.

3° Le mot « droits » (avec un petit d et au pluriel) désigne les facultés ou prérogatives appartenant à un individu et dont il peut se prévaloir à l'égard de ses semblables, dans l'exercice de son activité ⁽¹²⁾ : chaque genre de faculté ou prérogative constitue un droit déterminé, par exemple le droit de propriété, le droit de puissance paternelle. Ce « pouvoir de l'individu », selon l'expression de Savigny, est appelé parfois droit subjectif par opposition au droit objectif, défini plus haut.

Lorsque nous utiliserons dorénavant le mot droit, ce sera dans la troisième acception qu'il faudra l'entendre.

Nous nous proposons dans cette section, non pas de reprendre la controverse classique relative à l'existence de droits subjectifs, mais plutôt de rechercher si tout pouvoir de l'individu est un droit subjectif. Autrement dit,

(10) Ripert, *op. cit.*, p. 27, n° 15.

(11) Comparer à propos du droit naturel, Josserand : Cours de droit civil positif français, tome I, 3^e édit., 1938, n° 6, p. 7.

(12) Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 2, n° 1, 2°.

Cf. O. Ionescu : La notion de droit subjectif dans le droit privé, *Th. Paris*, 1931, n° 5, p. 22-23.

nous admettons comme un postulat l'existence de droits subjectifs, car nous croyons, avec M. Ionescu, que le droit subjectif est l'atome juridique ; « les théories qui le nient n'ont fait que prouver davantage son existence, et leur œuvre se réduit au fait d'avoir remplacé l'expression simple de droit subjectif par des formules incommodes » ⁽¹³⁾ ; nous acceptons le concept de droit subjectif parce qu'il est pratique techniquement ⁽¹⁴⁾.

Ceci posé, il nous apparaît indispensable de préciser la sphère d'application du droit subjectif : les juristes et surtout les non-juristes ont qualifié droit toute faculté accordée à l'individu : nous avons assisté à une forme particulière « d'abus de droits » ! L'observation courante nous apporte des preuves de cette inflation du mot droit : les tribuns, les hommes de lettres parlent de droit à tort et à travers. Certes, nous n'avons pas la prétention de remonter un courant terminologique : nous devons nous résigner à un emploi populaire imprécis du mot droit, car comme disait Henri Bidou, il faut des siècles pour tuer une formule, mais il serait souhaitable de limiter son emploi dans le langage juridique ; on aboutit à des confusions constantes en appelant droit toute prérogative de l'individu.

Il existerait un droit à la vie ⁽¹⁵⁾, un droit à l'amour ⁽¹⁶⁾, un droit au travail ⁽¹⁷⁾, un droit au produit intégral du tra-

(13) Ionescu, *op. cit.*, p. 182.

(14) Cf. Gény, *Rev. trim. dr. civ.* 1922, p. 814-815; Michoud, *op. cit.*, tome I, p. 48, n° 21 ; Gény : Science et technique en droit privé positif, tome III, n° 224, p. 225 et 226.

(15) On trouve l'expression droit de vivre dans un arrêt de Req, 17 mai 1911, *D. P.* 1913.1.342; voir également marquis de Vareilles-Sommières, *Rev. trim.*, 1905, p. 461.

(16) V. la proposition faite par Paul Hervieu à la Commission de révision du Code civil d'introduire l'amour du conjoint dans les obligations prévues par l'art. 212 et le texte adopté, *Le Temps*, 16 mars 1905.

(17) Voir Travail dans « Petit Vocabulaire de la langue philosophique », par A. Cuvillier. A. Colin, éditeur.

Manifeste au service du personnalisme de M. E. Mounier, éditions

vail⁽¹⁸⁾, un droit de grève, un droit d'être laissé tranquille⁽¹⁹⁾, un droit à l'honneur⁽²⁰⁾, un droit à la sécurité; et Lafargue écrivait un pamphlet intitulé « Le droit à la paresse »⁽²¹⁾ ! Sommes-nous donc en présence de « droits » assimilables au droit de propriété ou au droit de créance ?

La limitation de l'emploi du mot droit n'a pas seulement une portée formelle : elle intéresse également le problème de l'application de l'article 1382, « pris à rebours » si l'on peut dire ; toutes les fois que l'article 1382 du Code civil reçoit application, le demandeur a-t-il antérieurement à l'action un droit véritable ?

Cette question touche au problème des droits primordiaux de l'homme, à celui des biens innés et par là elle rejoint le but central de notre travail : l'existence de droits extra-patrimoniaux.

Nous conduirons cette étude relative à la notion du droit subjectif de la manière suivante : après avoir recherché la structure du droit subjectif (Sous-Section 1), nous traiterons de la sphère d'application du droit subjectif (Sous-Section 2).

Montaigne, 1936, p. 169. — V. note Nast, *D. P.*, 1936.2.68 ; Marc Dessertèaux, *Rev. trim.*, 1906, p. 134 ; Charles Gide : *Principes d'Economie politique*, p. 577 et note 2.

(18) Voir Vocabulaire Cuvillier (V^o Travail).

(19) The right to be left alone (v. R. Kirkpatrick, article dans *Rev. belge des assur. et des resp.*, déc. 1933 ; citation de M. Josserand, *Cours*, tome I, n^o 205, p. 148). Voir également le droit au maintien du caractère privé de la personne (The right of Privacy des Américains).

(20) Voir Plastara, *Rev. trim.*, 1912, dans l'article « Libertés et patrimoines. — Voir l'emploi de l'expression : « Le droit de ne rien faire » ; Appleton, *Rev. trim.* 1912, p. 598 ; Savatier, *Thèse*, p. 110.

(21) A propos d'un droit fondamental des citoyens à danser, voir *Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes XIII*, n^o 20, p. 104 et suiv. — On parle volontiers d'un droit au silence ou du droit d'écouter la T. S. F.

Cons. la liste des « droits » cités par Régamey, op. cit., p. 21.

SOUS-SECTION 1

DE LA STRUCTURE DU DROIT SUBJECTIF

150. — Position du problème. Plan.

Est-il nécessaire d'étudier la structure du droit subjectif ? Nous avons admis initialement l'existence de ce pouvoir de l'individu : l'analyse ne pourrait-elle se limiter ici ? La loi servirait de critérium ; c'est elle qui consacrerait le droit subjectif⁽¹⁾. Mais un tel raisonnement serait erroné ; nous ne savons pas toujours si nous nous trouvons en présence d'un droit : la loi n'emploie pas uniquement cette expression, et certains droits résultent non d'un texte écrit, mais d'une interprétation jurisprudentielle. Il importe donc de connaître la structure du droit subjectif.

Nous résumerons la théorie de la volonté, celle de l'intérêt, celle de l'intérêt et de la volonté combinés (paragraphe 1^{er}), puis en un second paragraphe, nous étudierons les rapports entre l'action et le droit.

Paragraphe 1

EXPOSE DES THEORIES CONCERNANT
LA STRUCTURE DU DROIT SUBJECTIF

151. — Théorie de la volonté.

On a donné trois solutions au problème de la structure du droit subjectif : la première déclare que la nature du droit subjectif consiste dans un acte de volonté.

Pour Windscheid⁽¹⁾, le principal représentant de cette théorie, le droit subjectif est une puissance de volonté ou un pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique. Le droit subjectif dérive de la volonté de l'homme : la vo-

150. — (1) Ionescu, *op. cit.*, p. 182-183.

151.— (1) *Lehrbuch des Pandektenrechts* I, première partie.

lonté, élément le plus saillant du droit, s'est offerte tout d'abord à l'attention des juristes et des influences philosophiques se sont exercées, sur lesquelles, d'ailleurs, les auteurs ne sont pas d'accord : alors que Jellinek⁽²⁾ rattache la Willenstheorie au système de Hegel, pour qui le droit objectif est la manifestation de la volonté générale et le droit subjectif celle de la volonté individuelle, M. Gorovtseff⁽³⁾ voit au contraire dans l'école de la volonté le reflet de la pensée kantienne, avec sa conception de l'homme considéré comme une fin en soi.

On peut formuler de nombreuses critiques en ce qui concerne cette conception :

— Un pur acte de volonté n'a pas de sens comme tel : on ne peut concevoir un acte de volonté dénué de contenu. Windscheid répond que lorsqu'on parle de structure du droit subjectif, ce n'est pas le but qu'on doit prendre en considération, mais la substance même du droit, qui est un acte de volonté : la volonté sert à concrétiser le droit subjectif ; mais il manque le contenu, répondrons-nous.

— Pour la théorie de la volonté, le sujet de droit se réduit à l'homme, ce qui est insuffisant : comment expliquer les droits subjectifs du fou et de l'infans⁽⁴⁾ ?

— Enfin et surtout ce n'est pas une telle conception qui apportera une solution au problème technique que nous avons posé.

152. — Théorie de l'intérêt.

A la théorie de la volonté s'oppose la théorie de l'intérêt : Ihering est le fondateur véritable de cette doctrine,

(2) System der subjectiven öffentlichen Rechte, p. 42.

(3) La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. dr. civ.*, 1926, p. 910.

Dans le même sens, voir Ripert : Les limites de la liberté contractuelle. Cours de Doctorat, Paris (1929-1930), p. 21.

(4) Comp. Saleilles : De la personnalité juridique, 2^e édit., Paris, Rousseau, éditeur, 1922, p. 532 ; avec la théorie de la volonté, il faudrait attribuer le droit au représentant légal et non plus au représenté, puisque seul le représentant voit sa volonté s'exercer.

et l'on connaît la formule célèbre : « Les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés »⁽¹⁾. Loin de considérer la volonté comme l'essence du droit subjectif, il faut, d'après cette théorie de l'intérêt, soutenir que l'existence des droits est fonction de certains buts à atteindre : ce sont ceux-ci qui constituent leur substance. Ces buts sont des intérêts que la loi considère comme dignes d'être couverts de sa protection.

Comment définir l'intérêt ? C'est un bien qui est de nature à être utile aux hommes, à leur conférer des avantages ; c'est plus exactement la valeur, c'est-à-dire la mesure d'utilité d'un bien envisagée au point de vue du sujet.

Que faut-il retenir de cette théorie ? Doit-on l'admettre entièrement ? Nous ne le croyons pas :

— Il est faux d'identifier le droit avec l'intérêt qu'il protège. Bierling observe⁽²⁾ que dans l'intérêt protégé, il faut distinguer la chose protégée de la façon dont la chose est protégée. Il ne faut pas réduire le droit subjectif à son contenu.

— L'idée même d'intérêt est difficile à caractériser⁽³⁾ : il ne s'agit pas dans la formule de Ihering d'un intérêt quelconque, mais d'un « intérêt protégé par la loi ». L'intérêt n'est que le but à atteindre de l'action volontaire⁽⁴⁾.

Cette théorie est donc insuffisante, le droit subjectif n'est pas caractérisé par le simple qualificatif d'intérêt protégé par la loi, pas plus que par la notion de volonté.

153. — Théorie de la volonté et de l'intérêt combinés.

Les auteurs, tenant compte des critiques formulées contre la théorie de la volonté et contre celle de l'intérêt ont été amenés à une combinaison de ces deux théories.

152. — (1) *Esprit du Droit romain*, trad. française par O. de Meulenaère, tome IV, 3^e édition, p. 317-354. Lib. Chevalier-Marescq, Paris, 1888.

(2) *Zur Kritik*, tome 2, p. 59.

(3) Demogue : *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 170-175.

(4) Intérêt ne signifie rien autre chose qu'un besoin dont la satisfaction est voulue par son porteur (Gorovtseff, art. cité, p. 962-963).

La théorie de la volonté et de l'intérêt combinés a comme origine la doctrine de Bekker sur le sujet de droit; du même avis que Bekker, se trouvent de nombreux auteurs, notamment Jellinek et Michoud. M. Ionescu ⁽¹⁾ donne donc du droit subjectif la définition suivante : C'est « le pouvoir d'agir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi ».

Cette définition nous satisfait-elle ? Pas entièrement. En effet, un critère formel important a été inutilisé : celui de l'action en justice. Or c'est là une base sûre pour révéler un droit : l'action, nous le montrerons, n'est pas le droit mais elle permet très généralement de le déceler.

D'autre part, il arrive parfois que l'élément de volonté manque totalement : une loi, par exemple, établit certaines prescriptions dans l'intérêt commun ; il en résulte des avantages pour toute une catégorie de citoyens, mais ceux-ci ne disposent d'aucun moyen juridique pour obtenir l'observation de la loi.

Les auteurs allemands parlent alors de droit-reflet ; en France, cette théorie a comme partisans M. Joseph Barthélemy ⁽²⁾ (en droit public), et M. Demogue ⁽³⁾ étend cette notion au droit privé. M. Ionescu, au contraire, ne voit dans ce prétendu droit-reflet qu'un état de fait, car, dit-il, la notion de droit subjectif ne peut s'appliquer à n'importe quelle sorte de rapports. C'est là une remarque essentielle : il existe donc des situations juridiques présentant des caractères tels qu'il est impossible de les qualifier de droits subjectifs. Nous prenons acte de cette affirmation ⁽⁴⁾.

153. — (1) Ionescu, *op. cit.*, n° 49, p. 94.

(2) J. Barthélemy : Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, *Thèse Toulouse*, 1899.

(3) René Demogue : Les notions fondamentales du droit privé, p. 363.

(4) Comp. Michoud : La théorie de la personnalité morale, tome I, n° 48, p. 107.

Paragraphe 2

LE DROIT SUBJECTIF ET L'ACTION

154. — Définition de l'action. Position du problème.

Le mot action n'a pas toujours un sens précis, il est nécessaire de distinguer trois notions :

1° Toute personne a la faculté de porter devant les tribunaux, en demandant ou en défendant, une prétention quelconque, bien ou mal fondée : elle a le droit de libre accès aux tribunaux, le droit d'ester en justice, sauf sa responsabilité en cas d'abus⁽¹⁾.

2° On désigne aussi sous le nom d'action toute demande, bien ou mal fondée, soumise à un tribunal : c'est le fait juridique d'agir en justice avec ou sans droit qui est désigné⁽²⁾.

3° Enfin toute personne qui a un droit a le pouvoir d'obtenir en justice la reconnaissance ou la protection de ce droit, s'il est méconnu, menacé ou violé. L'action c'est le pouvoir d'obtenir du juge le respect de son droit, au moyen de l'application de la loi⁽³⁾.

Nous emploierons le terme d'action dans ce dernier sens.

Comment se pose le problème ? Doit-on voir dans l'action la caractéristique ou l'existence même du droit subjectif ? M. Ionescu, dont le but est de saisir le fond du droit, de faire une synthèse entre le point de vue philosophique et le point de vue juridique, estime que l'action ne fait pas partie du droit, elle n'en est que l'accessoire, et cet auteur traite, pour les critiquer, des théories qui confondent le droit avec l'action.

Deux remarques sont ici nécessaires : 1° nous nous som-

154. — (1) Glasson et Tissier : *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, tome I, n° 169, p. 415 (3^e édition).

(2) Glasson et Tissier, *op. cit.*, n° 169, p. 416.

(3) Glasson et Tissier, *op. cit.*, n° 169, p. 416.

mes placé sur le terrain du droit positif, de la technique : donc le point de vue de M. Ionescu peut être écarté par nous ; nous sommes en droit positif, non dans la sphère des principes purs des droits naturels⁽⁴⁾. Si nous écartons l'action, comme critère de l'existence du droit subjectif, ce devra être pour des raisons de droit positif.

2° M. Ionescu critique les théories qui, d'après lui, « confondent le droit avec l'action », mais Thon⁽⁵⁾ et de même M. Barthélemy⁽⁶⁾ ne reconnaissent-ils pas qu'au fond le droit n'est pas l'action ? Nous nous demanderons si l'action fait partie du droit et, au cas où elle n'en serait que l'accessoire, si elle peut néanmoins servir de base sûre pour reconnaître le droit subjectif. Partie accessoire, manifestation extérieure du droit, l'action n'est peut-être que cela, mais peut-elle constituer un indice ?

155. — Distinction du droit et de l'action.

On confond souvent droit et action : « L'action, écrivent MM. Garsonnet et Cézar-Bru, n'est autre chose que le droit lui-même, qui reste pour ainsi dire passif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé »⁽¹⁾. De même, M. Cuhe⁽²⁾ pense qu'il n'y a en somme entre le droit et l'action « d'autre différence à notre époque que celle de l'état dynamique et de l'état statique du droit. L'action c'est donc le droit qui est passé de la puissance à l'acte ». On dit ordinairement que l'action n'est pas autre chose que le droit à l'état de lutte⁽³⁾.

Cette opinion courante analyse incomplètement le droit d'action : sans doute la contrainte est inhérente au droit,

(4) Ionescu, *op. cit.*, n° 29, p. 65.

(5) Ionescu, *op. cit.*, n° 27, p. 62.

(6) Ionescu, *op. cit.*, n° 28, p. 63.

155. — (1) Garsonnet et Cézar-Bru : *Traité de procédure civile*, 3^e éd., tome I, p. 521.

(2) Cuhe : *Précis de procédure*, n° 127, p. 150 (7^e édition).

(3) Voir également Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des Biens*, n° 98.

l'action emprunte en général les caractères du droit qu'elle protège. Mais elle se distingue du droit et nous allons le démontrer par une série d'exemples et de considérations :

— L'action se présente comme la mise en mouvement de l'intervention juridictionnelle à l'occasion d'une situation juridique ; elle n'apparaît donc à la suite du droit que si celui-ci est contesté ⁽⁴⁾.

— Il y a des droits non munis d'actions : le droit peut se trouver dans certains cas privé de l'action, notamment lorsqu'elle se trouve paralysée par la prescription extinctive ; le droit survit cependant mais dépourvu, il est vrai, de son principal avantage.

— L'action constitue un élément distinct du droit qui l'engendre ; le propriétaire, troublé dans l'exercice de son droit a deux sortes d'actions pour se défendre : les actions possessoires et l'action en revendication ⁽⁵⁾ ; de même l'action paulienne, qui permet aux créanciers de demander la révocation des actes frauduleux passés par leur débiteur, est distincte de leur droit de créance ⁽⁶⁾.

— Il n'y a pas d'action s'il n'y a pas d'intérêt à agir, bien qu'il y ait un droit ⁽⁷⁾.

— Le pouvoir d'agir en justice peut, dans certains cas, appartenir à d'autres que le titulaire du droit méconnu ⁽⁸⁾ : par exemple, au cas de donation imposant des charges au donataire, l'exécution des charges peut être demandée non seulement par le tiers bénéficiaire mais aussi par le donateur ou ses héritiers.

— L'action n'accompagne pas toujours un droit déterminé : citons l'action possessoire ⁽⁹⁾ (certains auteurs ad-

(4) Bonnard : Le Contrôle juridictionnel de l'administration, 1934, p. 42. — Comparer Morel : Traité élémentaire de procédure civile, 1932, n° 25, p. 33-34.

(5) Capitant : Introduction, n° 91, p. 120.

(6) Capitant : Introduction, n° 91, p. 120, note 3.

(7) Glasson et Tissier, *op. cit.*, tome I, n° 183, p. 442 ; Morel, *op. cit.*, n° 25, p. 34.

(8) Glasson et Tissier, *op. cit.*, tome I, n° 183, p. 442 et renvoi n° 181.

(9) Capitant : Introduction, n° 91, p. 120. — Comp. Dugué : Tr. de dr. constit., tome I, p. 256.

mettent cependant que la possession est un droit)⁽¹⁰⁾ ; signalons surtout l'action pour faire prononcer la nullité, la révocation ou la résolution d'un acte juridique⁽¹¹⁾, l'action en reconnaissance de droit⁽¹²⁾, les actions provocatoires⁽¹³⁾, les actions ayant pour objet des mesures conservatoires ou provisoires, enquêtes et expertises *in futurum*⁽¹⁴⁾, l'action *ad exhibendum*⁽¹⁵⁾.

Le pouvoir d'agir en justice ou droit d'action est donc, en résumé, distinct du droit pour la protection duquel il est donné, c'est un droit autonome. Les droits sont à leur tour garantis par d'autres droits qu'on appelle des actions⁽¹⁶⁾. Chiovenda soutient cette idée d'une manière très générale ; il y aurait deux droits : le droit proprement dit et l'action. Ces deux droits pourraient être réunis, mais ils pourraient aussi avoir des existences à part, et l'auteur essaie de nous montrer que leur origine, leur objet, leurs caractères sont différents⁽¹⁷⁾.

Cette conception est absolument logique mais peut-être abusivement ! En effet, lorsque l'action accompagne un droit déterminé, ce qui est le cas ordinaire, elle lui est indissolublement attachée. Il faut retenir de cette notion du droit d'action, que l'action ne se présente pas tou-

(10) Voir notamment Voirin : Les Biens (1938), n° 686, p. 754 et suiv. ; Chauveau, *Rev. crit.*, 1931, n° 31, p. 583 ; Contra Picard : Les Biens, p. 154, n° 143.

(11) Capitant : Introduction, n° 91, p. 120-121.

(12) Glasson et Tissier, *op. cit.*, tome I, n° 177, p. 430 et suiv. (note 3, p. 431 : références) ; Maynard : Des jugements déclaratoires, Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon, 1922 ; Pierre Lepaulle : Le droit français connaît-il des actions en vue d'établir un droit ? *Rev. trim. dr. civ.*, 1934, p. 773 (voir dans cette *Revue* 1934 : Les jugements déclaratoires en Alsace-Lorraine, par M. G. Muhleisen, p. 781).

(13) Glasson et Tissier, *op. cit.*, n° 178, p. 433 (références, p. 434, note 1 *in fine*).

(14) Glasson et Tissier, n° 179, p. 434.

(15) Demontès : L'action *ad exhibendum* en dr. moderne, *Thèse Paris*, 1922. — Demogue : Tr. des Oblig. en général, t. III, p. 338 et suiv.

(16) Glasson et Tissier, *op. cit.*, n° 183, p. 442. — Cf. Morel, *op. cit.*, n° 22, p. 30 : « L'action est une voie de droit ».

(17) Chiovenda : *Principii di diritto processuale civile e l'azione nel sistema dei diritti*. (L. Duguit : *Traité de Droit Constitutionnel*, tome I, p. 305 ; Glasson et Tissier, p. 431, note 4).

jours comme l'accessoire et la garantie d'un autre droit ; dans certains cas, elle constitue un droit indépendant mais, en général, l'action est l'accessoire d'un droit déterminé.

Ihering donne du droit subjectif une définition qui, ne l'oublions pas, comprend deux éléments : un élément substantiel et un élément formel, l'action en justice⁽¹⁸⁾. De même, selon Thon, un droit subjectif existe lorsque le droit objectif confère à l'individu le *pouvoir* de provoquer des poursuites⁽¹⁹⁾. On pourrait même concevoir le droit subjectif comme une combinaison des trois éléments : volonté, intérêt et action.

Le critère formel de l'action aurait l'avantage d'être concret. Mais pourrait-il trouver application à propos d'une situation juridique quelconque ? Si toute action accompagnait un droit déterminé, elle nous servirait de critère, mais dans certains cas, on peut se demander si l'action peut être rattachée à un droit, dont elle serait la forme dynamique.

156. — L'action ne garantit pas seulement des droits subjectifs.

Toute personne, pour pouvoir agir en justice, doit nécessairement avoir un droit, car l'action, dit-on, est une mise en œuvre : ce qui est mis en œuvre ne peut être qu'un droit⁽¹⁾. Cette nécessité d'un droit comme condition d'exercice d'une action est un principe généralement admis.

Il nous semble parfois artificiel. En effet, l'action est ordinairement la sanction d'un droit mais elle est parfois l'exercice même d'un droit autonome.

(18) Ionescu, *op. cit.*, n° 45, p. 88.

(19) Thon, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, Herman Bohlaue Weimar, 1878, p. 218.

156. — (1) Japiot : Les actions et demandes en justice, *Rev. trim. dr. civ.*, 1915, n° 3, p. 422.

Il est souvent malaisé, lorsqu'une action existe, de découvrir le droit dont elle est la garantie : or les auteurs veulent à tout prix rattacher l'action à un droit.

Pour M. Barthélemy, notamment, seul le droit subjectif est garanti par l'action ⁽²⁾. Cependant, note Malgarini ⁽³⁾, si le procès se fait entre particuliers, qui songerait à mettre en doute la recevabilité de l'action, sous le prétexte que l'objet de la demande est un simple intérêt ? La question de savoir si le demandeur a un droit ou un simple intérêt n'est tranchée que lorsque la procédure est finie, c'est-à-dire lorsque l'action est exercée. Il y a là, répond M. Barthélemy, une confusion; il ne faut pas se laisser tromper par les apparences de la pratique, laquelle semble mêler la question de recevabilité et la discussion au fond : ainsi mon voisin affirme qu'il a un droit de passage sur mon champ, si je considère, continue M. Barthélemy, l'action comme recevable, je discuterai quant au fond, sinon j'opposerai l'exception préjudicielle, en disant qu'il n'a pas un droit, mais un simple intérêt.

Cette différenciation se fait dans l'esprit de nos magistrats ; mais celui qui n'a pas le droit qu'il allègue a la faculté de porter sa demande, même insoutenable, devant la justice : le juge, après examen, repoussera sa demande en disant qu'il n'a pas de droit et par suite pas d'action. Le recours à la justice est une liberté donnée à tous; pour savoir si le demandeur a une action, le juge recherchera s'il a un droit, mais pratiquement, pour le savoir, il sera obligé d'examiner la demande au fond.

D'ailleurs, l'argument de M. Barthélemy ne vaut que pour une action accompagnant un droit déterminé : dans les cas où l'action n'a pas un droit spécial à défendre, le principe de M. Barthélemy ne nous donne aucune solution, il nous conduit seulement à *imaginer* des droits.

(2) Barthélemy, *Thèse Paris*, 1899 : Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, p. 21 et suiv.

(3) Della libertà civile nella costituzione moderna, p. 170.

En droit administratif, au surplus, le recours pour excès de pouvoir n'est-il pas recevable dès lors que le requérant justifie d'un intérêt à l'annulation de l'acte illégal, sans qu'il ait à justifier d'un droit violé ? On conteste, certes, dans une partie de la doctrine, la distinction du contentieux pour excès de pouvoir et du contentieux de la pleine juridiction ; cependant, M. Bonnard, qui critique le point de vue jurisprudentiel comme M. Barthélemy, croit, contrairement à cet auteur, que le fait de l'action en justice ne permet pas de déceler le droit subjectif (4) : le raisonnement de M. Barthélemy est inversé par M. Bonnard ; il faut déduire l'existence du droit subjectif directement de l'analyse de la situation contentieuse, car le caractère juridictionnel du recours se fonde sur l'existence d'un droit subjectif, mais l'existence de droits subjectifs (droits à la légalité des actes) ne se fonde pas sur le caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir.

Nous pensons, aussi, avec M. Bonnard, que s'il existe un droit, une action est possible, sinon le droit est sans sanction, il est dit imparfait ; mais la réciproque n'est pas vraie : une action peut exister, sans un droit existant antérieurement ; autrement dit, l'action constitue, à elle seule, un droit ; le droit accordé par le système juridique, c'est le pouvoir de s'adresser aux tribunaux, en vue de la protection d'un intérêt. En ce cas, elle est reçue pour faire valoir autre chose qu'un droit ; elle garantit un « bien juridique ».

Il n'y a, semble-t-il, dans les cas d'actions en annulation, en rescision, en résolution, en révocation, d'autre droit que celui d'agir en nullité, en rescision, en résolution, en révocation. De même pour le divorce, la séparation de corps ou de biens, la recherche de paternité naturelle, le désaveu de paternité, l'interdiction, la déchéan-

(4) Bonnard, *op. cit.*, p. 42 (voir p. 173).

ce de puissance paternelle : le droit consiste en un recours à la justice.

Même dans les cas indiqués, rétorquent MM. Glasson et Tissier⁽⁵⁾, une analyse minutieuse aboutit à la distinction du droit et du pouvoir d'agir en justice ; on peut dire encore que le pouvoir d'agir en justice protège un droit préexistant. Et, en effet, dit M. Japiot⁽⁶⁾, ces actions existent, il n'y a pas d'action sans droit ; il faut bien cependant que le bénéficiaire de ces actions ait un droit ; ce droit sera (en cas d'action en nullité ou en déclaration de simulation) celui de faire déclarer, prononcer ou constater la nullité ou la simulation ; peu importe, dit M. Japiot, que ce droit ne puisse être désigné que de cette façon : cela ne l'empêche pas d'exister ; la liste des droits portant des noms simples et connus n'est pas limitative, au moins en dehors des droits réels.

N'aperçoit-on pas là, comme nous le disions tout à l'heure, cette obligation d'imaginer un droit parce que le syllogisme le commande : mais en cette matière de construction technique, à quoi sert cette création d'un prétendu droit ? Pour mieux séparer le droit de l'action, on pourrait dire, écrit M. Japiot, que le droit est le droit de critiquer, de renverser ou de méconnaître l'acte nul ou simulé, le droit de passer outre à cet acte ; l'action serait alors la faculté de s'adresser à la justice pour faire proclamer que ce droit de critique ou de méconnaissance existe. Mais, et c'est une preuve de la complexité du problème, l'éminent professeur reconnaît, dans une chronique de procédure civile⁽⁷⁾, qu'il ne faut pas exagérer la distinction du droit et de l'action, certaines actions impliquent un droit qui, sans pouvoir être qualifié de façon propre, n'est que le droit de demander quelque chose à la justice, et dès lors « *il semble artificiel de vouloir à toute force distinguer de l'action un droit qui serait une con-*

(5) Glasson et Tissier, *op. cit.*, tome I, n° 183, p. 444.

(6) Japiot, article précité n° 5, p. 423 et 424.

(7) Japiot, *Rev. trim. dr. civil*, 1914, p. 680.

dition distincte de celle-ci, l'action étant la faculté de s'adresser à la justice et le droit pouvant n'être que le droit de s'adresser à la justice⁽⁸⁾. Il suit de là, poursuit M. Japiot, que nous serions tenté de considérer comme inutile l'effort que nous avons fait pour découvrir un droit à la base de l'action en nullité, en faisant intervenir ici l'idée du droit de critique...⁽⁹⁾ ; il y a des actions qui se distinguent mal du droit qu'elles mettent en œuvre et se confondent avec lui.

Nous croyons que cette remarque est particulièrement intéressante en ce qui concerne l'action en réparation du préjudice causé ; nous aurons, en effet, à nous demander, si, à chaque action en réparation, correspond un droit lésé.

En résumé, il nous faut rejeter l'action en tant que critère formel de l'existence d'un droit subjectif. A chaque action, ne correspond pas nécessairement un droit⁽¹⁰⁾ ; on peut certes élargir la sphère d'application du droit subjectif, en suscitant à toute force des « droits » : c'est là un procédé non scientifique. Essayons donc en une sous-section 2 de préciser quelles sont les limites de la sphère d'application du droit subjectif.

SOUS-SECTION 2

DE LA SPHERE D'APPLICATION DU DROIT SUBJECTIF

157. — Plan.

Nous connaissons maintenant la structure du droit subjectif et nous l'avons distingué de sa partie accessoire :

(8) Japiot : *Traité élémentaire*, n° 63 ; voir également n° 77 et Japiot : *Chron. procéd. civile*, *Rev. trim.* 1915, p. 575.

(9) V. Japiot : Des nullités en matière d'actes juridiques, *Th. Dijon*, 1909, p. 433 et suiv.

Comp. Henry Solus : *L'action directe et l'interprétation des art. 1753, 1798 et 1994 du Code civil*, Paris 1914, n° 65, p. 85 et n° 83, p. 109.

(10) Remarquer la formule prudente de M. Morel, *op. cit.*, n° 29, p. 42, « intérêt juridique » et le commentaire. — Voir sur l'existence en matière civile d'un certain contentieux objectif, n° 22, p. 31.

l'action. Nous nous sommes ralliés, quant à la structure du droit, à la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés, constatant, au surplus, que l'action fait généralement corps avec le droit.

Il nous faut rechercher un procédé technique permettant de limiter la sphère d'application du droit subjectif. Un droit subjectif est une situation juridique comportant un élément de volonté et un élément d'intérêt : si l'un de ces éléments fait défaut, la situation juridique n'est pas un droit (par. 1^{er}) ; nous nous demanderons ensuite, si en dehors des éléments constitutifs du droit subjectif, il n'existe pas un élément de technique juridique, permettant de le caractériser (par. 2).

Paragraphe 1

DE L'APPLICATION PRATIQUE DE LA THEORIE DE LA VOLONTE ET DE L'INTERET COMBINES

158. — Nécessité d'un intérêt personnel au titulaire du droit.

Une prérogative doit-elle exister dans l'intérêt exclusif de son titulaire, pour être qualifiée « droit » ? Certains auteurs l'ont pensé et ont ainsi proposé la distinction suivante : les pouvoirs que l'on rencontre dans les droits de famille existent dans l'intérêt, non du titulaire de ce pouvoir, mais de la personne qui y est soumise (1) ; on a donc parlé de droits-fonctions, de compétences familiales.

L'histoire, a-t-on dit, nous montre qu'initialement le père de famille a bien des droits sur son enfant, droits dans son intérêt égoïste ; mais l'évolution des mœurs aboutit à une réglementation telle de ces pouvoirs que ces droits sont à esprit altruiste (2).

La nuance proposée est exacte ; mais l'intérêt du titu-

158. — (1) Capitant : Introduction, n° 90, p. 118-119. Voir n° 141.

(2) L'expression est de M. Josserand : De l'esprit des Droits et de leur relativité, *Dalloz* 1927, p. 87 et suiv.

laire existe souvent à côté de celui de l'enfant : c'est, peut-on dire, un intérêt moral de direction personnelle de l'enfant, c'est souvent aussi l'intérêt d'affection⁽³⁾. Pour être exact, il faudrait donc distinguer non seulement les droits de famille des autres droits, mais encore établir des distinctions suivant le droit de famille exercé. Or les deux intérêts : l'intérêt du titulaire du droit et l'intérêt de l'enfant peuvent parfaitement coexister à propos de l'exercice d'un seul pouvoir.

On a invoqué aussi l'argument suivant : le législateur et le juge réglementant d'une façon impérative ces droits, l'élément de volonté qu'on y rencontre est différent de celui qu'on trouve dans les droits patrimoniaux⁽⁴⁾. Nous verrons cependant que l'impératif de la loi n'est pas aussi strict qu'il paraît au premier abord, et on peut même noter que la volonté gagne du terrain dans le domaine de la famille⁽⁵⁾.

Il semble donc que l'on puisse admettre la notion de droit subjectif dans le domaine de l'organisation de la famille.

159. — Nécessité d'un pouvoir de volonté propre au titulaire du droit.

En étroite liaison avec le droit subjectif se trouve la notion du sujet de droit. Pour qu'on puisse parler de droit, l'élément de volonté et l'élément d'intérêt doivent-ils se trouver réunis sur la même tête ? Peuvent-ils, au contraire, se trouver dispersés sur des têtes différentes ?

En stricte logique, il semble que non : l'infans et le fou sont inaptes à conclure des actes juridiques ; pourtant, la loi les considère comme sujet de droit ; elle distingue

(3) Voir n° 141. Comp. Ionescu, *op. cit.*, n° 104, p. 152.

(4) H. Capitant : Sur l'abus des droits, *Rev. trim. dr. civil*, 1928, p. 375.

(5) Cf. G. Ripert : Les limites de la liberté contractuelle, p. 91. — Contra : Bonnecase : La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille ; ses destinées dans le dr. civ. contemporain, 2^e édit. Lib. E. de Boccard, Paris, 1928, p. 167.

ainsi le sujet d'exercice et le sujet de jouissance. Il faut reconnaître que cette solution est en contradiction avec la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés ; le mérite de cette conception est d'ordre essentiellement pratique : il est plus simple de considérer comme sujet de droit l'infans ou le fou, plutôt que le tuteur, sinon il serait nécessaire à la majorité de l'infans ou à la guérison du fou de recourir à une transmission de droits. On attribue donc fictivement la qualité de sujet de droit à l'infans ou au fou : on peut d'ailleurs observer que la source psychique de volonté est en germe puisque l'enfant « prendra de l'âge » et que le fou peut guérir ⁽¹⁾ ; piètre argument à notre sens : la part de la technique est ici prépondérante ⁽²⁾.

— Il se peut que l'élément de volonté manque totalement ; c'est ce qu'on appelle à la suite de la doctrine allemande : un *droit-reflet*. Voici un exemple ⁽³⁾ de droit-reflet en droit privé : le locataire d'un étage inférieur profite du fait que le propriétaire s'est engagé envers le locataire d'un étage supérieur à éclairer l'escalier et à le garnir d'un tapis ; ce profit, cet avantage est-il un droit subjectif ? Aucune action n'existe contre le propriétaire en faveur du tiers intéressé à la réalisation de l'engagement : le locataire de l'étage inférieur n'a pas de droit subjectif.

La promesse résultant d'un contrat de bail n'a qu'un simple effet relatif ; de cette promesse, les tiers ont-ils retiré le pouvoir, soit de demander eux-mêmes l'exécution de l'obligation par le débiteur (c'est-à-dire le propriétaire), soit le pouvoir de contraindre le créancier

159. — (1) Cf. Ionescu, *op. cit.*, n° 79, p. 129.

(2) On peut se demander pourquoi l'œuvre de la technique juridique s'arrêterait ici, d'où les conceptions de M. Demogue ; voir : Les notions fondamentales du droit privé. M. Demogue est disposé à voir dans certains animaux des sujets de jouissance ; il admet une demi-personnalité des morts, voir en ce qui concerne les personnes à naître, Demogue, *op. cit.*, p. 351.

(3) Ionescu, *op. cit.*, n° 50, p. 96.

(c'est-à-dire le locataire) à exiger du propriétaire l'exécution de l'obligation ?

Assurément non. Les tiers profitent d'un état de fait, qu'ils n'ont pas voulu : « On pourrait, écrit M. Ionescu (4), comparer cet avantage aux bénéfices retirés de la Nature ; on ne peut pas dire qu'on a des droits vis-à-vis de la nature ».

Si la violation d'un contrat constitue de la part de l'un des contractants une faute à l'égard d'un tiers, le tiers aura une action en responsabilité délictuelle contre le contractant : dans ce cas, la mauvaise exécution ouvre contre le débiteur des actions à d'autres qu'au créancier primitif, mais l'obligation préexistante n'est que l'occasion, non la cause du droit reconnu au tiers ; ce droit ne se fonde pas sur l'obligation même, mais sur une faute qui en est indépendante (5).

Ainsi le simple avantage retiré de l'exécution d'un contrat auquel on n'est pas partie, n'est pas un droit subjectif : celui qui bénéficie d'un tel avantage n'a aucune action à sa disposition pour s'en assurer la perpétuation (6). La catégorie intermédiaire du droit-reflet ne saurait trouver sa place entre l'état de fait et le droit subjectif.

Nous venons d'étudier le droit subjectif, en prenant pour base la définition même tirée de la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés ; nous n'avons pas réussi à limiter sa sphère d'application. Il nous faut donc, en un paragraphe 2, tenter de découvrir, en dehors de cette définition, un élément caractéristique de la notion de droit subjectif.

(4) Ionescu, n° 51, p. 96.

(5) Cf. Savatier : Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, *Rev. trim. dr. civ.* 1934, n° 30, p. 544. — Comparer H. Lalou : Chronique, *D. H.*, 1928 (1382 contre 1165).

(6) Ionescu, *op. cit.*, n° 51, p. 96.

Paragraphe 2

DOMAINE TECHNIQUE DU DROIT SUBJECTIF

160. — Pouvoir juridique et droit subjectif.

On peut, avec certains auteurs, dégager un élément essentiel à la notion de droit subjectif ; il consiste en un rapport entre le titulaire du droit et un tiers, en un état de relation juridique entre deux sujets : le droit subjectif se situe dans le rapport de droit qui s'établit entre deux sujets, il ne se manifeste que lorsque deux sujets sont entrés en relation pour former ce rapport ; le titulaire a le pouvoir d'exiger quelque chose d'une personne déterminée, laquelle est assujettie à un devoir subjectif, à une obligation juridique⁽¹⁾.

Il faut donc, selon M. Bonnard⁽²⁾, distinguer du droit subjectif un autre fait du monde du droit que M. Bonnard appelle le « pouvoir juridique ». L'idée du droit subjectif apparaît comme visant l'activité du tiers à l'égard du sujet actif du droit : deux activités sont envisagées et mises en cause.

L'idée de pouvoir juridique, au contraire, se limite à son titulaire et à sa seule activité, elle exprime les possibilités d'action ou d'abstention propres à l'individu visé. L'idée de droit subjectif s'attache à l'individu pris dans un rapport de droit avec un autre individu.

Ces deux notions sont distinctes et cependant liées l'une à l'autre, dit M. Bonnard, car pour pouvoir se réaliser effectivement, le pouvoir juridique a généralement besoin d'être assorti d'un droit subjectif : toute activité d'un individu nécessite, pour devenir une réalité effective, sinon des actions positives, du moins toujours certaines abstentions de la part des tiers. L'octroi d'un pouvoir juridique

160. — (1) Bonnard : Contrôle juridictionnel, n° 14, p. 43.

(2) Bonnard : Contrôle juridictionnel, n° 15, p. 45. — Comp. la distinction de M. Duguit entre le pouvoir juridique objectif et la sit. jurid. subjective ds. « L'Etat, le dr. objectif et la loi positive », Fontemoing, éd., Paris, 1901, p. 147, 161, 200.

implique nécessairement au profit de son titulaire la reconnaissance de certains droits subjectifs : cette liaison du pouvoir et du droit expose les jurisconsultes à les confondre.

La doctrine de M. Bonnard particulièrement claire nous ramène, en somme, au problème de l'existence d'un « sujet passif de droit », et par là à la controverse fameuse qui s'est élevée à propos de la théorie du personnalisme du droit réel⁽³⁾.

Pour M. Bonnard⁽⁴⁾, la propriété est un ensemble de pouvoirs juridiques, elle n'est en elle-même que l'ensemble des possibilités reconnues par le droit au propriétaire d'exercer sur sa chose ou à son occasion certaines activités matérielles ou juridiques : la propriété n'est pas un droit subjectif mais un pouvoir juridique assorti de certains droits subjectifs au profit du propriétaire, lesquels consistent en ce que le propriétaire a le pouvoir d'exiger des tiers certaines actions ou abstentions pour pouvoir exercer, comme il convient, ses pouvoirs juridiques de propriétaire.

La distinction de M. Bonnard est intéressante : elle permet d'échapper au reproche formulé par les partisans de la théorie traditionnelle à l'adresse de la théorie du droit réel considéré comme une obligation passivement universelle ; singulier sujet passif, s'écriaient-ils, que celui constitué par toute l'espèce humaine, sujet passif amorphe, inconscient⁽⁵⁾, sujet indéterminé pouvait-on dire avec plus de précision⁽⁶⁾. Avec la théorie de M. Bonnard, nous nous trouvons en présence d'un droit subjectif à sujet passif déterminé ; avant la détermination du sujet passif, il n'existe pas un droit, mais un pouvoir juridique.

Seulement, cette distinction, dont M. Bonnard tire profit en ce qui concerne le contentieux administratif, appa-

(3) Ionescu, *op. cit.*, n° 98, p. 144 et références.

(4) Bonnard, *op. cit.*, p. 47.

(5) Chauveau : Classification nouvelle des droits réels et personnels, *Rev. crit.* 1931, n° 15, p. 555.

(6) Picard : Les Biens, n° 39, p. 43. ■

rait assez subtile : il faut bien admettre que le titulaire du pouvoir juridique a la possibilité d'exercer un ou des droits subjectifs dès que son activité nécessitera une abstention des tiers. La séparation des deux notions, pouvoir juridique et droit subjectif, est séduisante, elle frappe l'esprit par sa logique, mais elle ne nous suffit pas en pratique ; nous demandons, en effet, à connaître la structure de ce pouvoir juridique (7).

Tirons de cette théorie un enseignement précieux : pour que l'activité d'un individu s'exerce, il est nécessaire qu'il puisse exiger au minimum l'abstention de certains autres hommes. Ainsi une liberté est simplement la possibilité reconnue à celui qui en bénéficie en vertu du droit objectif d'exercer librement une certaine activité matérielle ou juridique : la liberté de réunion c'est la possibilité pour des individus de se réunir dans un certain but ; la liberté d'association c'est la possibilité de constituer un groupement et de faire l'acte juridique à cet effet (8) ; seulement les libertés, pour pouvoir être effectives, sont assorties de droits subjectifs. leurs bénéficiaires ont au moins le pouvoir d'exiger que les tiers ne fassent pas obstacle à l'exercice de leur liberté ; si on dit qu'on a droit à telle liberté, il faut entendre cela comme signifiant qu'on a droit à cette action ou abstention des tiers qui est nécessaire à l'exercice de la liberté : on parle par ellipse.

161. — Droits définis et facultés générales.

Les civilistes ont tendance à voir partout des droits subjectifs, a écrit un grand civiliste : Capitant. Cet auteur, présentant une vue d'ensemble du beau livre de M. Josseland, « De l'esprit des droits et de leur relati-

(7) Comp. les très intéressants développements de M. Lecompte, *Essai sur la notion de faculté en dr. civil*, *Th. Paris* 1930, p. 104-117 (v. notamment p. 110-111).

(8) Bonnard, *op. cit.*, n° 15, p. 47.

vité » ⁽¹⁾, est amené à se demander ce qu'est le droit subjectif. Pour en trouver le type, il considère les rapports patrimoniaux qui se forment entre les hommes.

M. Capitant ne donne, hélas, aucun critère, mais seulement des indications générales ; deux éléments caractérisent, selon lui, le pouvoir de l'individu qui peut être qualifié droit : il a pour objet d'assurer à celui qui en est investi un certain avantage économique ; son exercice est garanti par l'autorité publique. De plus, les droits sont susceptibles de se transmettre, de se modifier, leur contenu dépend dans une large mesure des accords qui se forment entre les individus : les contrats sont en effet la source la plus abondante des droits ⁽²⁾.

M. Capitant a essayé de présenter un système constructif ; nous objecterons qu'il est exagéré de limiter le droit au domaine patrimonial : un intérêt juridiquement protégé, dit M. Capitant, à la suite de Ihering, voici comment on peut définir le droit subjectif. Un intérêt, pour être juridiquement protégé, doit-il être économique ? Nous ne le croyons pas ; sinon ce serait adopter une position très matérialiste.

Le point de départ de M. Capitant le conduit à affirmer que l'on ne trouve pas de droit subjectif en dehors des rapports patrimoniaux des individus. Il n'existe pas, dit-il, de droits subjectifs dans le domaine du droit de la famille ⁽³⁾ (nous avons montré plus haut que cette affirmation était excessive) ⁽⁴⁾.

L'exercice d'un droit subjectif est garanti par l'autorité publique, continue M. Capitant, mais c'est là un critère inutilisable : c'est celui de l'action, nous renverrons M. Capitant à lui-même ⁽⁵⁾.

Les droits sont susceptibles de se transmettre ; mais

161. — (1) Rev. trim. dr. civil 1928, sur l'abus des droits, p. 365 et s.

(2) Capitant, article cité, p. 372.

(3) *Eod. loc.*, p. 372-373.

(4) N° 141.

(5) Capitant : Introduction à l'étude du droit civil, n° 91, p. 119 et suiv.

l'intransmissibilité d'une prérogative n'empêche pas de la qualifier droit, par exemple le droit du crédientier. Tous les droits ne sont pas transmissibles.

Les contrats sont la source des droits : la loi également, dirons-nous, et même la jurisprudence, laquelle peut créer un droit, là où les textes ne prévoyaient qu'une faculté générale.

Nous n'arrivons donc pas à une solution satisfaisante avec les données de M. Capitant ; certes, nous pressentons, comme lui, que le droit subjectif forme l'épine dorsale du droit patrimonial⁽⁶⁾, mais encore faut-il s'entendre sur le concept de droit subjectif. La difficulté subsiste. Puisque nous ne pouvons franchir l'obstacle, essayons de le contourner. Au lieu de rechercher le critère technique du droit subjectif, contentons-nous d'opposer les droits définis aux facultés générales. Ni la liberté ni ses diverses manifestations ne sont des droits subjectifs au sens technique que l'on donne à ce mot, écrit M. Capitant⁽⁷⁾. Même dans le domaine patrimonial, il convient de ne pas user trop facilement du terme de droit subjectif⁽⁸⁾. Malheureusement, l'auteur procède souvent par simples énumérations, certaines prérogatives sont qualifiées droits, d'autres simples « apparences » de droits.

De nombreux jurisconsultes ont cherché à distinguer les droits définis des droits sans objet déterminé, qui, à côté des droits subjectifs, tels que le droit de propriété, le droit de créance, le droit d'auteur ne sont que de simples apparences. C'est ainsi que M. Emmanuel Lévy oppose la

(6) Capitant, *Rev. trim.* 1928, p. 371.

(7) V. Michoud, la théorie de la personnalité morale, tome 2, n° 207, p. 74-75 et 76 (note I) : « si l'on élargit assez le sens du mot droit pour y faire rentrer les droits généraux dont il s'agit (droits fondamentaux de liberté), il ne s'ensuivra pas que ces droits, tant qu'ils restent dans le vague, produiront les mêmes effets que lorsqu'ils auront été spécialisés par une des circonstances qui créent les rapports de droit ».

Cf. Capitant, p. 371 ; comp. Bédant et Capitant, *Annales de l'Université de Grenoble*, t. 18, p. 147, n° 35.

(8) Capitant, p. 374.

liberté aux droits définis⁽⁹⁾, de même Saleilles⁽¹⁰⁾; M. Jossierand, à la suite de M. Lévy, qualifie la liberté de droit vague et suprême⁽¹¹⁾, il pense même que la liberté n'est pas un droit, contrairement à M. Jean Brèthe, pour qui la liberté est le premier de tous les droits⁽¹²⁾; M. Ripert, dans la Règle morale⁽¹³⁾, différencie les droits définis ou déterminés des facultés; pour M. Capitant la liberté et ses diverses manifestations ne sont pas des droits subjectifs; M. Esmein⁽¹⁴⁾ écrit: « On a dit que seuls peuvent être qualifiés droits subjectifs les droits définis et non les facultés générales, et même seuls les droits patrimoniaux à l'exclusion des pouvoirs que l'on rencontre dans le droit de la famille... Il n'est pas douteux que des différences existent entre ces différents pouvoirs, qu'on peut n'employer l'expression droit subjectif que lorsqu'une personne rencontrant un intérêt d'autrui en conflit avec son intérêt personnel, a le pouvoir juridique de faire triompher celui-ci... ».

Les auteurs ont donc opposé intuitivement les droits définis aux facultés générales; mais comment savoir si un droit est « défini »? Si seules étaient qualifiées droits les prérogatives reconnues par un texte de loi, il n'y aurait aucune difficulté, mais la jurisprudence peut-elle aussi créer des droits? Essayons de préciser cette distinction des droits définis et des facultés générales.

(9) Responsabilité et Contrat, *Rev. crit.* 1899 et la Vision socialiste du Droit, p. 44 et 124; *Rev. trim. dr. civ.* 1907, chronique p. 428-429.

(10) Les accidents du travail et la responsabilité civile, p. 66-67. Essai d'une théorie générale de l'obligation. (p. 372, note).

(11) *Esprit des Droits*, 1^{re} édition, n° 251, p. 322.

(12) Note S. 1925.1.217.

(13) La règle morale, n° 89, p. 168.

(14) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, Obligations, p. 784, note I.

162. — Droits subjectifs et biens juridiques. Droits déterminateurs et droits sanctionneurs.

Il faut observer que certains droits sont définis et nommés, selon l'expression de M. Josserand⁽¹⁾, ils se distinguent des facultés ressortissant simplement à la notion de liberté, qui font bloc avec elle, sans avoir acquis leur individualité.

Seulement, le « droit » est une expression qui jouit depuis cent cinquante ans d'un sort enviable : elle fait à tel point partie de notre vocabulaire juridique ou politique moderne que nous ne sommes plus guère en état d'apprécier exactement et loyalement ce que dissimule dans la réalité ce mot. Certes, il n'y a pas de différences de substance entre la liberté et un droit⁽²⁾ : tout ce qui n'est pas défendu est permis, dirait M. de La Palisse ; la loi réputé licite tout ce qu'elle ne défend pas⁽³⁾, la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui⁽⁴⁾.

Mais pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui est une possibilité licite de fait et non de droit ; comme le note M. Capitant, la faculté pour l'homme d'exercer son activité physique et intellectuelle comme il le veut, pourvu bien entendu qu'il ne fasse rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la faculté de faire en somme

162. — (1) Josserand : *Esprit des Droits*, 1^{re} édit., n° 238, p. 302. — H. et L. Mazeaud : *Traité de la resp.*, tome I, 3^e édit. 1938, n° 549, p. 597.

On trouve également cette expression de droits définis dans de nombreux ouvrages ou articles : v. article de MM. Ripert et Teisseire, *Rev. trim.* 1904, p. 788 ; article de M. Morel, *Rev. trim.* 1908, p. 298 et note 2.

Henri Germette : *Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile*, thèse Paris 1903, p. 155, 156, 158.

Pierre Bettremieux : *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, thèse Lille 1921, p. 65.

(2) Cf. Gény : *Risque et resp.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1902, p. 837 ; Beudant : *Le droit individuel et l'Etat*, p. 142 ; Bosc, *op. cit.*, p. 262, 263 ; Sur la définition de la liberté, voir A. Schatz : *L'individualisme économique et social*, A. Colin, 1907, p. 198, 203 (voir note 3, p. 200).

(3) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire*, n° 288.

(4) Gény : *Méthode d'interprétation*, p. 525.

tout ce qui n'est pas prohibé, ne constitue ni un droit, ni un faisceau de droits⁽⁵⁾.

Cependant, peut-on dire, puisque tout ce qui n'est pas défendu par la loi, ne peut être empêché (Comp. l'art. 5 de la Déclaration des Droits de 1789), j'ai le droit d'empêcher l'intervention d'un autre individu, lorsqu'elle arrête mon activité ou freine le libre développement de ma personnalité, bref si elle me cause un dommage. Quelle conclusion, pensez-vous donc tirer de cette opposition entre les droits définis et les facultés générales ? peut-on nous objecter.

— Nous croyons que notre système juridique assure la protection de tous les intérêts, aussi bien moraux que matériels, lorsque cela est possible, eu égard à la technique juridique ; il ne résulte pas du fait de cette protection, croyons-nous, que tous les pouvoirs de l'individu soient des droits⁽⁶⁾.

Il ne faut pas se laisser induire en erreur par certaines expressions : le fait soumis au droit doit exercer une influence quelconque sur une relation sociale, en conséquence, il doit être forcément perceptible. On écrit couramment que la liberté de pensée ou de conscience doit être reconnue, garantie ou limitée par le droit. Ce sont là des façons inexactes de représenter les choses, écrit M. Roguin⁽⁷⁾ : le droit ne peut pas régir l'acte psychique interne d'une personne, il ne peut agir directement ni d'une manière ni d'une autre sur la pensée ou la conscience de qui que ce soit, il n'a de prises que sur la parole, l'écriture ou autres manifestations sensibles de la situation psychique.

— Le droit est le règlement de relations sociales : on ne doit pas considérer toute possibilité de développement

(5) *Rev. tr. dr. civ.* 1928, p. 373. — Comp. à propos de la faculté d'acquisition, Lecompte, *thèse*, p. 173, 174.

(6) Cf. Corbesco : Devoirs moraux et oblig. légales, *thèse* Paris 1903, p. 226.

(7) Roguin : *La règle de droit*, Lausanne, 1889, p. 43, 44.

de l'individu comme un droit. « Nous ne croyons pas, écrit M. Ionescu, qu'on pourrait parler d'un droit de respirer ou de soupirer. On ne peut parler d'un droit que lorsqu'on voit la possibilité d'un conflit avec le droit d'une autre personne, quand on entrevoit l'éventualité pour notre volonté de s'entrechoquer avec celle d'un autre intéressé : ainsi les droits comportent une sorte de corrélation entre l'idée de droit et celle de devoir ; ils supposent une limite qui sépare notre champ d'activité juridique de celui d'un autre sujet de droit »⁽⁸⁾.

Reprenons l'exemple de M. Ionescu : « Le droit de respirer ». Imaginons, dans une anticipation à la Wells, que les hommes manquent dans les siècles à venir de l'oxygène indispensable à la vie ou supposons qu'un groupe humain, isolé du monde aux sommets des plus hautes montagnes ou dans les puits de mines les plus profonds ait une provision de gaz respirables ; dans une société de cette sorte, on pourrait parler d'un droit de respirer, car cette réglementation serait socialement utile⁽⁹⁾.

D'après M. Bonnard, le droit subjectif se manifeste comme une conséquence du pouvoir juridique, le rapport de droit ne s'établit qu'à l'occasion de l'exercice de ce pouvoir, lorsque son bénéficiaire se heurte à une résistance ou à une opposition de la part d'un tiers qui ne remplit pas le devoir positif ou négatif qui lui incombe comme conséquence de la liberté reconnue : le droit consiste en ce que le titulaire peut exiger du tiers l'exécution de l'obligation positive ou négative qui lui est imposée⁽¹⁰⁾.

Or, nous avons repoussé, non dans son esprit, mais dans sa forme excessive, la conception de M. Bonnard : la propriété, par exemple, le plus individualiste des droits individuels⁽¹¹⁾, se décomposerait d'une part en un pou-

(8) Ionescu, *op. cit.*, n° 101, p. 150.

(9) Comp. Larombière, *Obligations*, tome I, sous l'art. 1128, n° 11 : — Voir : Nicolas, *Observations au sujet du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *Introd. à l'étude du droit comparé*, tome 2, par. 95, p. 363-364.

(10) Bonnard, *op. cit.*, n° 14, p. 44.

(11) Hauriou : *Principes de droit public*, p. 38.

voir juridique et d'autre part en un droit subjectif qui se manifesterait lors de l'exercice de ce pouvoir ; dire du droit de propriété qu'il est le pouvoir d'exiger des tiers l'exécution de l'obligation passive qui pèse sur eux, c'est donner le signalement du droit, mais le vider de son contenu⁽¹²⁾. La propriété est quelque chose de positif que tous les individus sont obligés de respecter ; en quoi consiste ce quelque chose ? En un pouvoir sur une chose. Admettons en logique la distinction de M. Bonnard mais refusons de scinder en deux le droit de propriété.

Ainsi, un droit existe dès qu'un conflit peut opposer un tiers au titulaire d'un pouvoir ; il y a une sorte de corrélation entre l'idée de droit et celle de devoir ; alors que pour M. Bonnard, le rapport de droit ne s'établit qu'au moment de l'opposition effective du tiers, nous estimons cependant pouvoir parler de droit dès qu'il est possible de concevoir une résistance éventuelle d'un tiers à l'exercice d'un pouvoir défini.

— Ces observations faites, il nous faut rassembler nos conclusions antérieures pour savoir ce que sont les droits définis :

— 1° Nous avons vu que certaines actions constituent un droit indépendant, qu'il n'y a pas intérêt à distinguer de l'action : ce sont là des prérogatives définies ; on peut, pour les distinguer des actions qui sont l'accessoire d'un droit déterminé, les nommer *droits sanctionneurs*.

Nous employons cette terminologie dans le seul but de ne pas les confondre avec les actions qui garantissent un droit (par exemple l'action en revendication garantit le droit de propriété), la théorie de Chiovenda pousse trop loin la subtilité en séparant d'une manière absolue le droit du droit d'action puisque ce droit d'action, bien que distinct, est l'accessoire indissolublement attaché au droit qui l'engendre ; ici nous pouvons bien parler d'un droit

(12) Cf. Voirin : Les biens, n° 56, p. 53.

d'action, puisque l'action est un droit indépendant ; pour éviter toute ambiguïté, nous dirons que c'est un droit sanctionnateur.

Un droit sanctionnateur est défini, par hypothèse ; il est le pouvoir de s'adresser aux tribunaux, dans le but d'obtenir un résultat déterminé : la révocation d'une donation ou la résolution d'un contrat ou la nullité d'un acte juridique, etc. Il importe de noter que le droit sanctionnateur ne donne pas toujours le même pouvoir à son titulaire :

— Tantôt celui-ci a le droit d'obtenir un résultat déterminé, mais en passant par l'intermédiaire obligé du juge ; par exemple dans un des cas d'ingratitude prévu par l'article 955 du Code civil, le donateur a le droit d'obtenir du juge la révocation de la donation : le juge apprécie l'exactitude des griefs invoqués mais c'est là une question de preuve ; s'ils sont reconnus fondés, le juge doit prononcer la révocation. De même, si l'on apporte la preuve que l'interdit a passé un acte juridique postérieurement au jugement portant interdiction, on obtiendra nécessairement du juge la nullité de l'acte (art. 502 C. C.).

— Tantôt le titulaire du droit sanctionnateur n'a que le pouvoir de demander quelque chose à la justice.

Certes, cette formule s'applique à tout procès, car le droit procédural régleme les litiges, les contestations les *prétentions* ; « il se met en présence des affirmations que les individus produisent au sujet de leurs droits, plutôt qu'en présence de leurs droits véritables ; au contraire, le droit du fond considère les situations juridiques réellement existantes, dans leur valeur objective et abstraction faite des apparences ou des prétentions... Un droit procédural peut être créé par une simple allégation, par une simple émission de prétention, parce qu'il s'agit de régler les suites de cette prétention en tant que prétention » (13). Cependant, dès lors que la situation ju-

(13) Japiot, chron. de procéd. civile, *Rev. trin.*, 1915, p. 570, 571.

ridique est connue dans ses éléments réels (éléments dont le juge a constaté l'existence), le magistrat déduit les conséquences de cette situation juridique.

Ici le juge est plus qu'un intermédiaire obligé, plus qu'un vérificateur des conditions d'existence du droit, il va créer un nouveau droit : le juge a un pouvoir arbitraire, il va qualifier et non pas seulement vérifier les faits de la cause, il s'appuyera beaucoup plus sur l'équité que sur la règle juridique, car le texte de la loi lui laisse une grande liberté d'appréciation. Le droit ne peut tout prévoir, il est nécessaire de laisser la possibilité d'un recours un peu vague, mais de portée générale : en droit administratif, on exige de l'auteur du recours pour excès de pouvoir qu'il justifie d'un intérêt direct et personnel lésé ; le Conseil d'Etat entend de plus en plus largement cette exigence, ce qui permet ainsi d'étendre le champ d'application du recours ; en droit privé si la loi affirme la nullité des conventions dont la cause est immorale ou illicite (art. 1131), il incombe au juge d'apprécier le caractère immoral ou illicite de l'acte incriminé, lorsque l'acte n'est pas condamné par la loi sans distinction ; de même, en cas de dommage causé par le fait d'un tiers, on aura le droit de demander au juge la réparation du préjudice causé, mais c'est le juge qui qualifiera de fautif l'agissement incriminé.

Il existe donc des droits sanctionneurs de résultat et des droits sanctionneurs de moyen (pour reprendre une terminologie que M. Demogue applique aux obligations). Le droit de demander réparation d'un préjudice causé est un droit sanctionneur de moyen ; l'action, objet du droit sanctionneur de moyen, comporte un aléa que ne présente pas l'action, objet d'un droit sanctionneur de résultat : par exemple, l'action en nullité pour cause immorale est moins sûre dans son résultat que celle fondée sur l'article 502 du Code civil.

Ces droits sanctionneurs ont en vue la protection d'intérêts divers, que l'on peut appeler intérêts juridiquement

protégés ou *biens juridiques* ; nous savons qu'il ne faut pas à tout prix imaginer un droit dont l'action serait la garantie.

— 2° A côté des droits sanctionneurs, existent des prérogatives qui confèrent à leur titulaire un certain pouvoir distinct de celui de s'adresser à la justice pour demander quelque chose. Le droit de propriété permet au propriétaire de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements (art. 544 C. C.) ; le droit de créance permet au créancier d'exiger du débiteur l'exécution d'une obligation indiquée généralement par un contrat ; le contenu du droit de créance n'est pas le même que celui du droit réel, mais les tiers doivent respecter le droit de créance comme le droit réel⁽¹⁴⁾. Le droit réel, le droit de créance, le droit d'auteur (*stricto sensu*, c'est-à-dire le monopole d'exploitation) sont des droits qui déterminent au bénéfice de leur titulaire une série de pouvoirs juridiquement reconnus, avant toute résistance du sujet passif : le propriétaire est maître en son domaine, le créancier connaît l'étendue de ses droits d'après son titre de créance ; on peut dire de ces droits par opposition aux droits sanctionneurs qu'ils sont *déterminateurs*.

— En conclusion, ne sont des droits définis que les droits déterminateurs et les droits sanctionneurs : le droit déterminateur confère à son titulaire le pouvoir défini de jouir de son bien, ou d'exiger l'exécution de telle obligation de la part d'un débiteur, ou d'avoir le monopole d'exploitation de son œuvre ; le droit sanctionneur donne à son titulaire le pouvoir défini de s'adresser à la justice comme moyen d'obtenir nécessairement ou éventuellement tel résultat.

Les facultés générales⁽¹⁵⁾ ne comportent pas le pou-

(14) Cf. Chauveau, art. cité, *Rev. crit.* 1931, p. 556, n° 15.

(15) On relève des emplois divers du terme faculté. M. Lecompte, dans sa thèse : « Essai sur la notion de faculté en droit civil », Paris 1930,

voir de s'adresser à la justice, elles ne précisent pas d'autre part l'étendue des pouvoirs qu'elles impliquent avant l'intervention d'un tiers : on peut dire que ces facultés ne sont que des biens juridiques que l'on arrive à protéger le plus souvent par un droit sanctionnateur de moyen (action en réparation notamment). Sans doute certains auteurs ne les distinguent-ils pas des droits, car, disent-ils, la liberté et le droit ont la même substance, et d'autre part une faculté ouvre la possibilité éventuelle d'exercer un droit sanctionnateur ; mais si le pouvoir juridique n'est pas précisé quant à son contenu, ni limité quant à son exercice, si la prérogative n'ajoute rien à la liberté, cette faculté ne peut être un droit ; s'il n'ajoute rien à la liberté, le droit ne vaut rien, écrit M. Ripert⁽¹⁶⁾. A quoi servira de qualifier droit le simple usage de la liberté ?⁽¹⁷⁾. Le Droit, disait Bufnoir⁽¹⁸⁾, c'est l'ensemble des règles auxquelles est soumise, sous la sanction du pouvoir social, la liberté de l'homme en conflit avec la liberté d'autrui. Un droit défini ? mais définir, c'est finir ; une délimitation, telle est la forme extérieure sous laquelle se révèle à nous, dans la pensée, la notion de droit.

163. — Suite. Rejet de la conception des droits innés.

On parle des diverses manifestations de la liberté comme de droits naturels, cad. innés et dans une certaine conception, le droit est la traduction sociale d'une justice idéale que découvre la Raison intuitive, mais le droit est nécessairement une création sociale : peu à peu on sent l'utilité de garantir à l'homme certaines libertés, et parmi

a cherché à donner à ce mot un sens de précision et non d'évocation : les facultés constituent les droits primordiaux de l'individu, elles ne sont pas en elles-mêmes des droits subjectifs (p. 70) ; la prescriptibilité est le caractère distinctif des droits et des facultés (p. 60).

(16) G. Ripert : Le régime démocratique et le droit civil moderne, 1936, n° 122, p. 236.

(17) Comp. Duguit, Tr. de Dr. Constit., tome I, p. 262.

(18) Bufnoir : Cours de dr. civil, 1^{re} année de licence, Paris, 1888-1889.

elles des droits élémentaires, que l'on appelle fondamentaux, ou par un certain abus de mots « naturels », parce que indispensables en apparence à la prospérité de tout groupement civilisé, ils semblent postulés par la nature humaine.

« Dans la réalité des choses, écrit excellemment M. Schatz ⁽¹⁾, ces droits sont eux-mêmes autant de créations sociales : ils n'ont de valeur juridique positive et de sens au point de vue économique que si un texte (ou l'équivalent d'un texte dans les pays de droit non écrit) les définit et si une organisation judiciaire est prête à les faire respecter. La nécessité de cette définition exclut de la conception individualiste du droit les aspirations sentimentales déguisées sous le nom de droit au bonheur, droit à l'amour, droit à la vie, puisqu'aucun législateur ne peut ni les traduire par un texte précis, ni leur établir de sanction ».

Les auteurs entendent par droits innés ou primordiaux ceux qui se rapportent à la personnalité physique ou morale par opposition aux droits acquis, lesquels se rapportent aux intérêts matériels et extérieurs ⁽²⁾. Cette théorie d'inspiration philosophique ⁽³⁾, a été utilisée en droit positif à propos du problème de la responsabilité civile, comme moyen de définir soit la faute, soit le préjudice.

— Quelle définition donner de la faute ? c'est dans le domaine moral que ce mot prend toute sa signification, c'est là qu'il est né ; l'étymologie nous l'indique ⁽⁴⁾ ; la faute c'est proprement le manquement au devoir.

Certains jurisconsultes, pour éviter tout élément subjectif, ont essayé de définir la faute comme la violation d'un droit d'autrui. La conception est intéressante, mais

163. — (1) A. Schatz : *L'individualisme économique et social* (A. Colin. 1907), p. 314, note 1 ; voir p. 316 (t. et n. 2), p. 317 (note 3), p. 318 (t. et notes).

(2) Planiol et Ripert : *Tr. élémentaire*, n° 2151, 3° et note 1.

(3) Voir Boistel, *op. cit.*, I, n°s 131 et suiv.

(4) Radical fall, cf. Fromageot : *De la faute en droit privé*, Paris, Rousseau, 1891, p. 2.

la difficulté est de préciser quels sont les droits lésés, lorsque l'atteinte a été portée contre un droit non déterminé (5). Si le droit est catalogué, reconnu par la loi, le respect des droits reconnus par la loi s'impose sans restriction à tous : la faute peut alors être définie la violation d'un droit ; notons que la notion n'est pas parfaite puisque nous possédons parfois la faculté de nuire à autrui, nous avons ce que M. Savatier appelle, par un emploi abusif du mot, un « droit de nuire à autrui », soit légal, soit d'équité (6).

Le problème est franchement insoluble, lorsque la victime est atteinte dans autre chose que dans un droit déterminé.

Il y a faute, écrit M. Demogue, à propos de l'élément objectif de la faute (7) lorsqu'on porte atteinte à certains droits que la loi protège : ces droits sont assez faciles à énumérer ; d'après M. Demogue, ce sont le droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la réputation, à la libre circulation de propriété, droit au respect des contrats par les tiers. M. Demogue constate alors que la limite des droits n'est pas chose simple, et il conclut à une certaine élasticité du droit (8).

Nous croyons que cette théorie des droits primordiaux est inexacte : la réalité de ces droits inhérents à notre existence est douteuse. Parler de droit à propos de la réparation de tout dommage causé est fantaisiste : les droits déterminés par la loi, sont rendus respectables pour tous par ce seul fait qu'ils sont catalogués, authentiqués.

(5) Bosc, *op. cit.*, p. 158, 159. Comp. Bettremieux, *thèse* Lille 1921, p. 63, 64 ; Demogue : *Notions fondam.*, p. 157 (où est le droit d'autrui?), i. et note 2.

(6) Savatier : *Des effets et de la sanction du devoir moral*, *thèse* Poitiers 1916, p. 29 et suiv.

(7) Demogue : *Traité des Obligations en général*, tome III, n° 226, p. 369 et suiv. — V. également Baudry et Chauveau : *Tr. des Biens*, n° 217 et réf. en note ; Vallet : *De l'exercice fautif des droits*, *thèse* Poitiers 1907, p. 11-15 ; Bosc, *op. cit.*, p. 157 et suiv. ; comp. Bosc, p. 261. — Comp. Beudant et Capitant, *Ann. Univ. Grenoble*, t. 18, p. 139-140, n° 27.

(8) Demogue, *op. cit.*, p. 371.

Mais ces droits innés ne sont pas plus des droits que n'est une obligation véritable la prétendue obligation de ne pas causer de dommage à autrui, de ne pas violer un droit appartenant à autrui : comparée à l'obligation proprement dite qui impose au débiteur la charge d'accomplir une prestation ou de s'abstenir d'un acte que sans cela il pourrait faire, cette obligation passive universelle est une outre vide, et de même ces droits sans objet déterminé sont à côté des droits subjectifs tels que le droit de propriété, le droit d'auteur, le droit de créance, de simples apparences ⁽⁹⁾.

Pour Aubry et Rau ⁽¹⁰⁾, le corps, la liberté, l'honneur d'une personne sont les objets des droits civils, ils se confondent avec l'existence de la personne qui a des droits à exercer sur eux, on les appelle biens innés. Expression combien plus juste que celle de droits, employée par divers auteurs ! L'idée de droits ne fait pas avancer la question d'un pas, puisque nulle part ces prétendus droits, dont la violation constituerait la faute, ne se trouvent précisés. Il y a une infinité de faits qui peuvent constituer des délits civils : qu'on nous dise par exemple quel sera le droit violé, lorsque les juges accordent des dommages-intérêts à une jeune femme séduite ? on peut en inventer plusieurs : droit à la vertu, droit à la sécurité du lendemain, droit à l'intégrité corporelle ou... morale, que sais-je ? Il suffit d'avoir un peu d'imagination.

Alors, disent certains auteurs, la nécessité d'un droit lésé chez le demandeur doit être discutée non pas au point de vue de l'existence de la faute, mais relativement à la définition du préjudice susceptible de servir de base à une action en réparation : si aucun droit n'est lésé, le dommage ne sera pas pris en considération ⁽¹¹⁾ ; le dom-

(9) Capitant : *Rev. trim.* 1928, p. 373, 374.

(10) Aubry et Rau : *Cours de dr. civil français*, 5^e édit., tome 2, p. 1, 2, par. 162.

(11) Cf. note Roux, *S.* 1927.1.273, sous *Crim.* 26 nov. 1926 ; comp. J. Dabin : *La philosophie de l'ordre juridique positif*, n° 146, p. 508.

mage moral, dira-t-on, est une atteinte à des droits extra-patrimoniaux ⁽¹²⁾. Cependant, on atténue immédiatement pareille affirmation en admettant qu'une action en réparation pourra naître de la violation, non d'un droit, mais d'un simple devoir moral : à ce compte-là, tout avantage peut constituer un droit. Le préjudice ou dommage (au sens des articles 1382 du Code civil et de l'art. 1^{er} du Code Instr. Crim.) ne suppose pas nécessairement la lésion d'un droit, mais seulement celle d'un intérêt.

Rien, en conclusion, n'autorise à exiger la preuve d'un droit lésé comme condition de l'action ⁽¹⁴⁾.

Cette théorie présenterait d'ailleurs un défaut capital : si on exige la preuve de l'existence d'un droit violé, il faut énumérer ces droits, il faut remplacer la formule de l'article 1382, vague, mais, de large application, par la liste des droits dont la violation constituera soit le dommage pris en considération pour donner naissance à l'action en réparation, soit l'élément objectif de la faute.

Le dommage causé par un délit, dit le Code civil portugais, peut concerner les droits primordiaux ou les droits acquis (art. 2382) ; « le dommage qui résulte de la violation des droits primordiaux peut se rapporter à la personnalité physique ou à la personnalité morale ; le dommage qui concerne les droits acquis ne touche que les intérêts matériels et extérieurs » (art. 2383). L'article 359 donne l'énumération de ces droits primordiaux : « On appelle droits primordiaux ceux qui dérivent de la nature humaine elle-même et qui sont reconnus et protégés par la loi civile, comme étant la source et l'origine de tous les autres. Ces droits sont : le droit à l'existence, le

(12) Cf. note Lalou, *D.* 1920.2.138 (col. 1).

(13) Cf. Crim. 13 avril 1923, *Bullet. crim.* n° 155 ; cit. de M. Marty, note *S.* 1931.1.147.

(14) Note Marty, *S.* 1931.1.145 sous Crim. 28 fév. et 31 oct. 1930 (v. p. 147), note Marty, *S.* 1938.1.321 (voir p. 323, col. 2), sous Civ. 27 juillet 1937 ; v. J. Flour : Examen doctrinal de jurisprudence, Resp. civile, *Rev. crit.* 1938, p. 362 ; Bosc, *op. cit.*, p. 261 ; H. Perret : Des ayants-droit à indemnité au cas d'accident mortel, *thèse* Paris 1933. p. 23, p. 46.

droit à la liberté, le droit d'association, le droit d'appropriation, le droit de défense. »

C'est également la méthode du législateur allemand, qui consacre le titre 25 du Code civil à la détermination des faits illicites.

Celui qui par un fait contraire au droit, porte atteinte avec intention ou négligence, à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété, ou à tout autre droit d'un autre est obligé envers cet autre à la réparation du dommage qui en est le résultat. La même obligation incombe à celui qui contrevient à une loi ayant pour but la protection d'un autre... (art. 823). C'est d'après la question de savoir si un droit d'autrui a été lésé que le Code civil allemand dans l'article 823, apprécie la faute, note M. Savatier ⁽¹⁵⁾ ; mais les textes qui suivent rendent les individus responsables du dommage causé, sans exiger qu'il constitue la lésion d'un droit ; c'est ainsi que l'article 824 prévoit le fait d'affirmations contraires à la vérité, de nature à nuire au crédit d'un autre, l'article 825 la séduction, et l'article 826 vient compléter le domaine de l'article 823 en érigeant en délit le fait contraire aux mœurs, ce que l'on a appelé le fait déloyal à côté du fait contraire au droit. Le procédé du B. G. B. est donc quelque peu chaotique et « on s'est pris à regretter, avec raison selon nous, qu'il ne contienne pas sur cette matière une vaste disposition de principe analogue à celle de notre article 1382 » ⁽¹⁶⁾ ; l'énumération du Code portugais, dit de même M. Bosc ⁽¹⁷⁾, est inutile et dangereuse, forcément incomplète, nous lui préférons de beaucoup les termes larges de notre article 1382.

Il faut rapprocher de ces remarques les critiques que l'on a adressées à la théorie qui veut nier purement et sim-

(15) Savatier, *op. cit.*, note 1, p. 19 ; Comp. Dorville, *op. cit.*, p. 307, note 1.

(16) Stoiesco : De l'enrichissement sans cause en droit français, *thèse* Paris 1904, p. 172, cit. de M. Savatier, p. 19, note 1.

(17) Bosc, *op. cit.*, p. 161 ; voir Dorville, *op. cit.*, p. 322-323.

plement la conception de l'abus des droits pour la remplacer par celle de conflit des droits⁽¹⁸⁾ ; et les droits primordiaux vont être utilisés à nouveau : l'abus d'un droit consistera tout simplement en une violation d'un droit primordial, mais ainsi, on jongle avec des expressions juridiques ; comme le note M. Savatier⁽¹⁹⁾, on parle couramment d'abus de droits, sans savoir ce que dans cette expression on entend par droits, sans donner aucun critérium pour reconnaître l'exercice d'un droit de celui d'une liberté⁽²⁰⁾.

La théorie des droits innés appartient au simple verbiage juridique, elle ne nous apporte aucune donnée intéressante, elle nous conduit ou bien à l'application d'un système moins bon que le nôtre en matière de responsabilité, ou bien à une formule sans portée : il importe donc de rejeter cette théorie, au moins en droit positif.

Les avantages dont jouit l'individu constituent en principe des droits, écrivent certains jurisconsultes⁽²¹⁾ ; la formule est dangereuse : tous les avantages protégés indirectement par l'action en réparation ne sont pas des droits. L'homme pour la défense de ses intérêts a tantôt des droits (*stricto sensu*), tantôt des actions (ou droits sanctionnateurs). L'homme a des biens innés, il est inexact de parler de « droits innés » car, comme le note

(18) Cf. Marc Desserteaux, *Rev. trim. dr. civil* 1906, p. 119 ; v. Jossierand : De l'esprit des Droits, n° 263, p. 337 ; Bosc, *op. cit.*, p. 261 ; Gaston Morin : Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit. *Introd. à l'étude du dr. comparé*, par. 102, tome 2, p. 472-474.

(19) Savatier, *op. cit.*, p. 77 et note 1.

(20) Cf. Lecompte, *th. citée*, p. 15, 16 (à propos du droit d'intervention des tiers dans une grève) ; v. S. 1898.1.17 note Esmein aff. verreries de Carmaux contre Jaurès.

(21) Cf. Colin et Capitant, *Cours*, 8^e édit., t. 2, p. 187, n° 195 ; Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, n° 574, p. 784 ; Saleilles : *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, p. 372 (note) ; R. Beudant et Capitant : *Esquisse d'une théorie générale de la resp. civile*, *Annales de l'Univ. de Grenoble*, t. XVIII (1906), p. 113 et suiv. (v. p. 147, n° 35) ; Porcherot : De l'abus du droit, *th. Dijon* 1902, p. 113 ; Gény, *Rev. trim.* 1902, p. 837. — Contra : Planiol, Ripert et Esmein, t. 6, p. 784, n. 1 ; Capitant. *Rev. trim.* 1928, p. 373 : « ces droits fondamentaux, manifestations diverses de la liberté individuelle, ne sont pas de véritables droits, ils ne sont ni définis, ni déterminés ».

Windscheid ⁽²²⁾, ces droits n'ont pas besoin d'une mention spéciale, pour la raison que quand ils sont lésés, ce sont des droits autonomes qui prennent naissance.

Au lieu de parler de droits innés, ne vaut-il pas mieux concevoir une protection des biens juridiques, réalisée par les droits sanctionneurs de moyen ? Le système juridique ne conserve pas d'ailleurs une rigidité constante : il est possible de retracer une évolution qui nous conduit d'un droit sanctionneur de moyen à un droit sanctionneur de résultat et même parfois à un droit déterminateur.

Souvenons-nous du Droit romain : l'action précède le droit, elle est accordée par le *jus civile* ou par le prêteur, s'il juge digne de protection un intérêt déterminé. Les Romains disaient d'ailleurs qu'une personne avait une action, non un droit. Ce n'est que beaucoup plus tard, à la suite d'un long travail d'élaboration doctrinale, que les interprètes isolent le droit du moyen propre à le mettre en œuvre ⁽²³⁾. L'application répétée d'un droit sanctionneur peut donner naissance à un droit déterminateur si un texte de loi ou une coutume jurisprudentielle vient reconnaître l'existence d'une prérogative déterminée : il y a donc dans certains cas un travail créateur de la jurisprudence. L'observation est applicable, soit au droit administratif français ⁽²⁴⁾, à propos du recours pour excès de pouvoir, soit en droit privé ⁽²⁵⁾ et notamment à propos des situations juridiques non patrimoniales, auxquelles nous allons maintenant faire application de ces principes, ce qui nous permettra de compléter la présente étude.

(22) Lehrbuch des Pandektenrechts, t. I, 4^e édit., Düsseldorf, 1875, p. 94, par. 39.

(23) Morel, Tr. élément. de procéd. civile, n° 25, p. 35.

(24) Comp. la distinction entre la liberté publique définie et la liberté s'apparentant à la simple tolérance : conclusions du comm. du gouvernement Detton sur l'arrêt Benjamin, C. d'E. 3 avril 1936, *D. P.* 1936.3.31 ; rapprocher les conclusions du comm. du gouvernement Michel, *D. P.* 1933.3.56.

(25) Bosc, *op. cit.*, p. 262 (bas de la page).

Nous n'avons pu trouver un critère mécanique permettant de séparer *à priori* le droit du non-droit ; cependant, cette recherche nous aura permis de mieux saisir cette évolution de la réglementation juridique vers la détermination d'une prérogative précise ; ce travail constructif est perpétuel, car il existe toujours des intérêts à protéger qui n'ont pu encore arriver à la pleine maturité juridique, d'autres ne le pourront jamais, d'autres besoins humains ne sont pas encore nés... Il est impossible de tout définir, il n'est même pas souhaitable de le faire : il convient donc de laisser ouverte une voie de droit un peu vague, permettant au magistrat de juger en équité.

Les théoriciens de la Révolution s'étaient égarés dans le travers de qualifier droit tout ce qui n'est pas défendu ; ainsi font de nos jours certains philosophes du droit. N'est-il pas plus exact, même si la solution du problème apparaît simpliste, de limiter techniquement l'emploi du mot droit⁽²⁶⁾, ce mot dont Duguit⁽²⁷⁾ estimait que ce serait un grand progrès de le bannir de la langue scientifique, plutôt que de l'user jusqu'à l'amener à n'être qu'un « flatus vocis » ?

SECTION 2

SITUATIONS JURIDIQUES NON PATRIMONIALES ET DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

164. — Position du problème.

Le droit positif nous montre que divers intérêts non patrimoniaux sont protégés : à chaque situation juridique non patrimoniale, correspond-il un droit ?

Il convient avant toute recherche critique, d'exposer la

(26) V. en notre sens Jean Carbonnier : Le problème de la détention préventive (à propos de la liberté physique), *Rev. gén. du Droit* 1937, p. 120.

(27) *Rev. du Droit public* 1907, t. XXVII, p. 419.

théorie des droits de la personnalité et de montrer quelles ont été les diverses positions des auteurs, en ce qui concerne le problème de l'existence de ces droits. Nous exposerons en une sous-section 1 la théorie des droits de la personnalité, puis en une sous-section 2 nous préciserons notre point de vue.

SOUS-SECTION I

EXPOSÉ DE LA THEORIE DES DROITS DE LA PERSONNALITE

165. — Plan.

Nous savons déjà que le terme « droits de la personnalité » est celui sous lequel sont souvent désignés les droits non patrimoniaux ; nous avons adopté une terminologie différente pour des raisons de méthode précédemment exposées ⁽¹⁾. Cependant, nous avons déjà reconnu, que la personnalité est le fondement des situations juridiques non patrimoniales, et la théorie des droits de la personnalité est donc utilisable par nous. Rappelons que ce sont principalement des auteurs allemands et suisses qui ont étudié les droits de la personnalité. Cependant, certains arguments de pure technique juridique ne concernent que le Droit allemand ou suisse ; d'autre part, nous nous sommes placé résolument sur le terrain du droit positif : or, les jurisconsultes d'Outre-Rhin ont un goût prononcé pour les arguments philosophiques, ou même pseudo-philosophiques qui déçoivent notre besoin de clarté ; cependant, à côté de « confusions étonnantes pour nos conceptions françaises », souligne M. Perreau ⁽²⁾, on rencontre un effort original indéniable.

Les auteurs français ⁽³⁾ ont souvent esquivé le sujet

165. — (1) Voir n° 3.

(2) Perreau, article cité *Rev. trim. dr. civil* 1909, p. 502.

(3) Cf. G. Morin, article publié dans l'Introduction à l'Etude du droit comparé, tome 2, p. 472.

même, mais lorsque par hasard, ils l'abordent, il est intéressant de connaître leurs opinions (4).

Nous diviserons cette sous-section de la manière suivante : en un premier paragraphe, nous exposerons les diverses opinions que les théoriciens ont formulées en ce qui concerne la question de la divisibilité ou de l'indivisibilité de la personnalité; en un second paragraphe, nous nous demanderons quels enseignements on peut tirer de l'étude du Droit naturel, relativement à ce problème de l'existence des droits de la personnalité.

Paragraphe 1

DE LA DIVISIBILITE DE LA PERSONNALITE CONSIDEREE COMME OBJET DE DROIT

166. — Le droit général de la personnalité, en droit allemand et en droit suisse.

Les auteurs étrangers ont beaucoup bataillé autour de l'idée suivante : y a-t-il un ou plusieurs droits de la personnalité ? doit-on ramener à un dénominateur commun les droits isolés reconnus par l'ordonnancement juridique et la jurisprudence ?

Certains juristes énumèrent les divers droits de la personnalité et en dégagent la conception d'un droit à la personnalité ; les autres étudient d'abord le droit général à la personnalité et en font dériver les droits isolés à la personnalité (1).

Quel intérêt pratique présente la controverse ? si les droits de la personnalité ne sont que les rayons « aus einem und demselben Zentrum », le juge pourra, si l'évolution de la vie sociale l'exige (2), créer librement de nouveaux droits.

Le problème à notre sens se pose de la manière sui-

(4) V. la bibliographie citée par M. Ionescu, *op. cit.*, p. 147, note 1.
166. — (1) Cf. Alfons Böger Das Persönlichkeitsrecht I. D. Erlangen 1933, n° 2, p. 2 et 3.

(2) Vodoz : Le boycottage en droit civil suisse. Yverdon 1926, p. 63.

vante : l'existence de droits de la personnalité n'est pas discutée ⁽³⁾ ; la question est de savoir s'il existe un droit général qui intervient lorsque les droits isolés ne suffisent plus. On veut aboutir à la reconnaissance de ce droit général, non prévu par la loi afin que, par déduction, les droits particuliers soient regardés comme protégés par le droit positif, même s'ils ne sont pas prévus par la loi : par exemple, le droit à la sphère secrète ⁽⁴⁾.

Cette discussion chère aux auteurs allemands et suisses nous démontre combien certains jurisconsultes font perdre toute valeur au « droit », en tant que concept technique. Il nous semble que de réelles confusions ont été commises.

a) Il est certain qu'il faut distinguer la personnalité, des droits de la personnalité ⁽⁵⁾ : Gierke le fait, il distingue le droit de la personnalité qui consiste dans la protection universelle d'exister et d'agir, des droits de la personnalité. Le tort de Gierke ⁽⁶⁾ comme de Specker ⁽⁷⁾ est de voir dans cette personnalité un droit subjectif fondamental ; Gierke fait le parallèle entre le droit de la personnalité et la capacité juridique, mais Reinhardt ⁽⁸⁾ dit avec raison que ce n'est pas parce qu'un homme est sujet de droit, qu'il a un droit général à la personnalité. Ainsi la distinction de Gierke est juste, mais il ne faut pas en tirer des conséquences excessives : nous avons quant à nous, parlé de droit à l'individualité, pour ne pas confondre cette reconnaissance du sujet de droit, avec les droits de la personnalité postérieurs à cette reconnaissance.

(3) Börger, *op. cit.*, p. 41, note 2.

(4) Albrecht Enders : *Persönlichkeitsschutz und Persönlichkeitsrecht* I. D. Bonn 1936, p. 38 (voir note 29).

(5) Alphons Melliger : *Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten* I. D. Berne 1929, p. 17.

Voir Enders, *op. cit.*, p. 9.

(6) Gierke : *Deutsches Privatrecht*, t. I (voir Melliger, note 3, p. 17).

(7) Karl Specker : *Die Persönlichkeitsrechte* I. D. Zürich, 1910 (voir Melliger, note 3, p. 17).

(8) Reinhardt : *Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung*. Berlin 1931, p. 8.

b) Contre l'admission d'un droit général de la personnalité, von Tuhr ⁽⁹⁾ objecte qu'en le comparant aux autres droits subjectifs, on s'aperçoit qu'il n'en est pas un : son contenu est incertain, son étendue également. On retrouve les mêmes arguments chez Laband, Kipp, Zitelmann, Endemann, et Savigny avait déjà fait remarquer qu'un tel droit serait sans limites ⁽¹⁰⁾.

D'ailleurs malgré les efforts de la doctrine allemande, la jurisprudence du Reichsgericht est nettement fixée : on pouvait croire que le R. G. manifestait une tendance à reconnaître le droit général à la personnalité dans un ancien arrêt ⁽¹¹⁾ : l'honneur comme bien idéal forme une partie du droit de la personnalité de l'homme, pouvait-on lire, il est une base de son existence. Cependant, il s'agissait ici d'un phénomène isolé et toutes les attentes furent déçues par le rejet formel du droit général à la personnalité ⁽¹²⁾. La nécessité d'une protection renforcée de la personnalité ne doit pas avoir pour conséquence la reconnaissance d'un droit général de la personnalité mais le développement des droits isolés de la personnalité.

Le droit suisse accorde à la jurisprudence le pouvoir d'augmenter le nombre des droits inhérents à la personne grâce à l'interprétation du premier alinéa de l'article 28 du Code civil suisse : « Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels, peut demander au juge de la faire cesser ». Certains auteurs expriment le point de vue que la jurisprudence suisse freinerait le droit de

(9) Voir v. Tuhr : *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts I.* (Allgemeine Lehren und Personenrechte, Leipzig, 1910, p. 151.

(10) Voir références Enders, *op. cit.*, p. 31, note 19.

(11) R. G. Z. 68/231.

(12) R. G. Z. 69/403 et R. G. Z. 79/398. — Désormais on se réfère toujours à ces arrêts : une des dernières décisions dignes de remarque est le R. G. Z. 113/414. Comparer R. G. Z. 109/50 ; 123/312.

Chez les tribunaux inférieurs, voir décisions rapportées :

Archives Ufita 1931-319 (sphère secrète = droit de la personnalité).

Archives Ufita 1929-559 (Oberlandgericht de Kiel).

« Ein allgemeines subjektives Persönlichkeitsrecht, d't l'arrêt de principe 69/403, ist dem geltenden bürgerlichen Rechte fremd. Es gibt nur besondere, gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte wie das Namenrecht, das Warenzeichenrecht, das Recht am eigenen Bilde, die persönlichkeitsrechtliche Bestandteile des Urheberrechts ».

la personnalité prévu par la loi ⁽¹³⁾, et on conclut que la conception d'un droit général est insoutenable. Nous croyons que cette opinion est erronée. Il faut reconnaître que le premier alinéa de l'article 28 est un véritable blanc-seing : la construction des droits de la personnalité est laissée à la mesure des juges ; la jurisprudence suisse a su avec raison ne pas refuser la reconnaissance de nouveaux « droits » personnels, mais se garder également de toute exagération dans son œuvre de création des droits de la personnalité.

167. — Rejet du droit général de la personnalité en droit français.

L'interprétation large de l'article 1382 du Code civil permet au juge de considérer comme faute tous les actes contraires aux principes généraux de l'ordre juridique. Cependant, remarque M. Régamey ⁽¹⁾, « les rares auteurs français qui connaissent et adoptent la théorie des droits de la personnalité (Perreau, Demogue) ne semblent pas concevoir que la liste des droits de la personnalité doive rester ouverte » ⁽²⁾.

Il est évident que les auteurs français, lorsqu'ils abordent cette théorie, parlent de droits de la personnalité (au pluriel). On ne trouve pas grand chose en vérité dans la doctrine française; M. Perreau écrit ⁽³⁾: « le droit d'exiger d'autrui sa reconnaissance comme individualité distincte est... le droit primordial de la personnalité, celui qui sert de base à tous les autres. Sans lui, ces autres droits ne se comprendraient pas, ils constituent sinon ses accessoires, tout au moins ses compléments ». Ainsi, cet auteur sépare avec raison le droit d'être reconnu comme individu des droits de la personnalité qui le complètent,

(13) Cf. Enders, *op. cit.*, p. 32.

167. — (1) Marcel Régamey : La protection de la personnalité en droit civil. *Th. Lausanne*, 1929, p. 20.

(2) Voir cep. Ionescu, *op. cit.*, p. 150, n° 101.

(3) Perreau, article cité, *Rev. trim. dr. civ.* 1909, p. 504, a).

mais il ne parle pas d'un droit général de la personnalité.

Cette conception d'un droit général de la personnalité est brumeuse : ce droit général que l'on invoque lorsque la victoire judiciaire n'a pas été assurée par d'autres moyens est une invention inutile, tout au moins en droit français.

Au danger d'insécurité juridique, s'ajoute l'impossibilité d'une délimitation : toute prérogative touche à ce droit général de la personnalité ; concevoir un tel droit pour expliquer que les tribunaux assurent la protection de notre personnalité en cas de besoin, nous paraît être le masque juridique d'une simple constatation de fait : avec les nouveautés de la technique du cinéma, par exemple, les tribunaux protègent les intérêts moraux de l'artiste dont on a « doublé » le film ; ils exigent donc que l'on indique aux spectateurs cette substitution de voix : faut-il pour cela, parler d'un droit général de la personnalité ? ce mot fascinant de droit nous aidera-t-il ? nullement. Le seul fait d'une protection d'intérêts n'autorise pas à parler de droits subjectifs, écrit avec raison Melliger ⁽⁴⁾.

Nous pensons qu'il faut rejeter cette conception d'un droit général de la personnalité ; ce qui reste de cette discussion, c'est que le nombre des intérêts à protéger est approximatif et incomplet : on peut pour la clarté de l'exposé les ramener à de grandes idées générales, mais souvent les biens de la personnalité dont on assure la protection appartiennent à plusieurs catégories logiques de classement ⁽⁵⁾.

Des nombreuses études consacrées aux droits de la personnalité, nous n'avons pu, hélas ! faire jaillir quelques principes clairs, applicables en droit positif ; certaines controverses relatives à la notion de droit subjectif n'ont même pas été relatées par nous, car elles se placent tou-

(4) Melliger, *op. cit.*, p. 18, 2.

(5) Voir 1^{re} partie, n° 7 (t. et note 1).

jours sur le terrain mi-philosophique de la structure du droit subjectif ⁽⁶⁾ : nous avons précédemment montré à quels résultats limités aboutit cette recherche.

Encore une fois, nous repoussons la conception d'un droit général de la personnalité. Allons-nous admettre celle de droits de la personnalité soigneusement catalogués, nettement définis? peut-être, encore faut-il que cette limitation, cette précision du contenu soient réelles.

Certains philosophes du droit ont abordé le problème des droits de la personnalité ; de leurs travaux, on peut tirer une doctrine des droits de la personnalité, en droit naturel, que nous voulons étudier maintenant, afin d'en montrer l'inutilité en droit positif.

Paragraphe 2

L'EXISTENCE DES DROITS DE LA PERSONNALITE ET LE DROIT NATUREL

168. — Boistel, del Vecchio.

Nous trouvons certains ouvrages, très élevés de pensée, mais, à notre sens, peu utilisables : ce sont ceux qui traitent de l'existence de droits de la personnalité en Droit naturel. A notre avis, on peut résumer en deux propositions les résultats que fournissent les études menées sur le plan du Droit naturel.

— Nous avons la preuve que le Droit naturel est à contenu variable ; en effet, le système juridique romain ne connaissait pas le droit de la personne humaine puisqu'il acceptait l'esclavage ; de nos jours il est de droit naturel, de reconnaître l'éminente dignité de la personne humaine, selon l'expression de M. Henry Michel (*l'Idée de l'Etat*, p. 39).

— Il est souhaitable de voir le Droit positif assurer la

(6) Par exemple les développements de Giesker : *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre*. I. D. Zürich 1904 ; Specker, *op. cit.*, 1910, et les auteurs allemands.

reconnaissance de prérogatives qui correspondent à notre sentiment moral, à nos mœurs, à notre civilisation.

Ceci admis, il faut souligner qu'en Droit naturel, la tendance de voir partout des droits se manifeste à son plus haut degré, et il n'est pas difficile de créer de toutes pièces des droits inhérents à la personne, d'en établir une liste impressionnante.

Nous pensons notamment à l'œuvre de Boistel, lequel, dans son Cours de Philosophie du Droit (¹), établit comme principe essentiel du Droit l'inviolabilité de la personne humaine à l'encontre de toute autre personne. Les droits se présentent à nous, dit-il, comme les développements successifs de la liberté et de la propriété : ayant distingué le droit individuel du droit social, il étudie d'abord les droits purement internes, puis les droits de l'homme hors de lui (droits acquis sur les choses, droits acquis sur les personnes). Laissons de côté ces droits de l'homme hors de lui ; retenons seulement les conceptions de Boistel, en ce qui concerne les droits purement internes.

Les droits qui n'ont pas d'objet extérieur à l'homme n'en sont pas moins des droits, écrit M. Boistel, car ils répondent toujours à la définition générale : ce sont bien des activités protégées par la loi morale (²). Avant d'acquérir les objets extérieurs, l'âme trouve en elle-même, puis dans le corps humain, la matière d'une foule de droits fort importants. Bien que dès le commencement de son existence, la triple action de la personne s'exerce au moins en germe, à l'état rudimentaire, sur la nature, sur le corps et sur les choses extérieures, il y a intérêt toutefois, écrit M. Boistel, à étudier à part cet état rudimentaire des droits de l'homme, ces droits primordiaux qui appartiennent même à l'enfant nouveau-né, puis nous assisterons au développement ultérieur de la personne (³) :

168. — (1) Cours de philosophie du Droit, 2 vol. Paris, 1899, p. 82 et suiv.

(2) Boistel, *op. cit.*, n° 97, p. 188.

(3) Boistel, *op. cit.*, n° 97, p. 189.

de là la division de cette étude des droits purement internes en droits innés et droits acquis, résultant du développement de la liberté ou de celui de la propriété : ces droits acquis du second groupe comprennent le droit à la vie, le droit à l'intégrité du corps, le droit à la sécurité, le droit à l'honneur, le droit au nom, le droit à l'état civil, le droit à la véracité d'autrui, le droit aux secrets, le droit aux productions de l'esprit.

M. Boistel suit donc un plan harmonieux ; mais ses conceptions, très profitables en philosophie du Droit, ne sont pas d'un grand secours en droit positif ⁽⁴⁾. M. Boistel entend bien séparer le droit de la morale, cependant il reste encore imprégné de notions purement philosophiques ; il abuse du terme droit et ne discute pas l'existence de droits internes !

Plus récemment, M. del Vecchio affirme le principe du respect dû à la liberté, comme expression de la valeur absolue de la personnalité humaine ⁽⁵⁾, complété d'ailleurs par ce principe qui exige la coordination des sujets de droits, juridiquement égaux, dans un régime de vie commune possible ⁽⁶⁾. Là encore, c'est le seul point de vue de droit naturel qui est évoqué. M. del Vecchio déplore (à propos du droit sur son propre corps) ⁽⁷⁾ l'insuffisance d'une reconnaissance indirecte et générale en droit positif de ces droits fondés sur le respect de la personne humaine, et on peut conclure de cette remarque que M. del

(4). Nous avons montré plus haut (voir n° 163) que la théorie des droits innés ou primordiaux n'est pas d'une grande utilité en matière de responsabilité. Notons, à ce sujet, que M. Boistel emploie l'expression droits innés dans un sens restreint par opposition aux droits développés ou acquis : cette terminologie lui est propre. Les auteurs appellent généralement droits innés ce que M. Boistel dénomme droits purement internes. Nous trouvons cep. la terminologie de M. Boistel utilisée par MM. César-Bru et G. Morin dans : *La faute, le risque, l'abus du droit*, *Annales des Fac. de Droit et des Lettres d'Aix* (t. II), 1906, p. 87. Cette conception de droits, n'ayant pas d'objet extérieur à l'homme, est d'ailleurs erronée.

(5) Del Vecchio : *Essai sur les principes généraux du Droit*, *Rev. crit.* 1925, p. 183.

(6) Del Vecchio, art. cité, p. 185.

(7) Del Vecchio, art. cité, p. 186-187.

Vecchio, se donnant pour tâche de mettre en lumière les données premières de notre système juridique, se rend parfaitement compte de l'imprécision de notre réglementation positive.

Ainsi les travaux des philosophes du Droit ⁽⁸⁾, souvent remplis d'idées originales, ne peuvent nous aider dans notre recherche, puisque, avec eux, nous assistons à une multiplication des « droits ».

SOUS-SECTION 2

DE L'EXISTENCE DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX EN DROIT POSITIF FRANÇAIS

169. — Plan.

Le Droit français, nous l'avons montré, assure la protection des intérêts non patrimoniaux, des « biens de la personnalité ». Le bénéficiaire de cette protection est une personne juridique : l'être humain généralement, parfois une personne morale.

Quel est au juste l'objet de cette protection ? Acceptons un instant l'hypothèse de l'existence de droits non patrimoniaux. Nous rechercherons d'abord quelle est la nature de l'objet de ces droits (parag. 1) ; ceci nous permettra de présenter la critique de la théorie des droits innés, puis nous verrons que le bénéficiaire de la protection peut user, soit d'un droit déterminateur, soit d'un droit sanctionnateur ; de cette constatation, nous tirerons des conséquences relativement au problème de l'existence de droits (parag 2).

(8) Cf. également Ahrens : Cours de droit naturel, p. 20 ; Jean Dabin : La philosophie de l'ordre juridique positif, *Sirey*, 1929, n^{os} 101 et 102, p. 376 et suiv., et n^o 146, p. 508.

Paragraphe 1

DE L'OBJET DES SITUATIONS
JURIDIQUES NON PATRIMONIALES

170. — La personne métaphysique échappe à la sphère du droit.

L'objet des droits non patrimoniaux est la personnalité même, disent certains auteurs ⁽¹⁾ : il importe de rejeter cette opinion.

Le Droit connaît la personne et ses intérêts non patrimoniaux, mais il la voit comme enfermée dans une gangue matérielle, déterminée par un nom et un état civil, cachée dans un corps humain et agissant sous la protection de l'autorité et de la loi ⁽²⁾. La personne métaphysique échappe par définition à la sphère du droit : le droit protège la personne, non à l'état pur, mais dans ses attributs temporels et sociaux, car la personne métaphysique, c'est-à-dire un pur sujet d'action, autonome et indépendant dans son être du monde matériel, doit pour agir dans ce monde, s'individualiser dans un corps matériel et se soumettre à l'ordre social ⁽³⁾.

Ce n'est pas la personne en elle-même qui est protégée, mais un intérêt personnel, un bien de personnalité : on dit parfois qu'il ne peut exister de droits de la personnalité parce que le sujet de droit ne peut être séparé de l'objet du droit ; le sujet du droit, dirons-nous, est la personne, l'objet de la protection est non pas la personne, mais un bien de la personnalité. De même en ce qui concerne les droits patrimoniaux, l'objet du droit réel n'est pas le patrimoine, mais un bien du patrimoine.

170. — (1) Régamey, *op. cit.*, p. 16-17, paragraphe 4.

(2) Régamey, *op. cit.*, p. 55.

(3) Régamey, *op. cit.*, eod. loc.

171. — Les facultés naturelles ne sont pas l'objet de droits.

Il est indéniable pour le juriste ⁽¹⁾ soucieux de la réalité, c'est-à-dire du droit positif, que « la pensée, le fait de sentir, les perceptions sensuelles de l'homme ne peuvent être l'objet de droits, même pas de droits de la personnalité » ⁽²⁾.

Je n'ai pas un droit de pensée, je pense simplement ; personne ne peut sans violences (à moins d'utiliser la compression du cerveau par exemple) m'empêcher de penser. Selon un dicton allemand, les pensées ne payent pas de droits de douane : « Gedanken sind zollfrei ».

Repoussons donc la conception purement philosophique d'un droit portant sur une faculté naturelle (physique ou psychique) : on relève parfois une forme elliptique de rédaction ; écrire droit à la vie signifie souvent avoir le droit de se défendre ou de demander la réparation du dommage causé à la personne physique. Cette manière de s'exprimer est cependant inexacte : il n'est pas juste de croire que l'individu est un monde isolé et suffisant par lui-même ⁽³⁾ ; l'objet de tous les droits porte sur le monde extérieur ⁽⁴⁾, non sur une qualité inhérente à l'homme.

L'homme n'a pas de droits vis-à-vis de la nature ⁽⁵⁾ ; le Droit règle les rapports de l'homme avec son semblable, c'est-à-dire les rapports sociaux. Les facultés naturelles de l'homme ne sont pas l'objet d'un droit, seules les manifestations de ces facultés dans le monde extérieur peuvent être soumises au Droit.

171. — (1) Voir n° 162 et note 5.

(2) Heinz Urlichs : *Das Wesen des Immaterialgüterrechts im neueren Schrifttum*. I. D. Köln 1937, p. 19 c).

(3) Régamey, *op. cit.*, p. 47.

(4) Cf. Roguin : *La règle de droit*, p. 49 ; Chauveau, article cité, *Rev. critique* 1931, n° 32 *in fine*, p. 585.

(5) Cf. Ionescu, *op. cit.*, n° 51, p. 96. — Comp. H. Taine : « Vie et opinions de M. Frédéric-Thomas Graindorge », chap. XX, la morale, p. 265-266 (citation de M. Schatz, *op. cit.*, p. 355, note 3) : « Si tu veux comprendre la vie, que ceci soit le commandement et comme l'assiette de tous tes jugements et de tous tes désirs : tu n'as droit à rien et personne ne te doit quelque chose, ni la société, ni la nature ».

Paragraphe 2

DU CONTENU DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

172. — Droits de la personnalité et droits négatifs.

Les droits extrapatrimoniaux portent sur des biens de la personnalité, mais tous les biens de la personnalité ne sont pas l'objet d'un droit.

Il faut qu'à propos d'un bien de la personnalité s'établisse un rapport de droit. Il faut qu'à ce droit extrapatrimonial corresponde une obligation.

Or certaines expressions sont inexactes : il n'y a pas plus de droit moral de l'auteur sur l'œuvre que de droit moral de l'individu sur son honneur, notait M. Pierre Masse ⁽¹⁾ ; le droit à l'honneur est le droit, non d'être respecté, mais d'empêcher tout dénigrement public portant atteinte à votre honneur ou de demander réparation du dommage causé par le dénigrement ; le droit moral de l'auteur, c'est le droit d'empêcher toute atteinte à votre honneur d'écrivain et de demander réparation de tout délit ou quasi-délit lésant vos intérêts intellectuels.

En une certaine mesure, on peut dire que les droits non patrimoniaux confèrent des prérogatives de nature négative ⁽²⁾ : mais, d'une part, un droit négatif se manifeste toujours par l'exercice d'une action, c'est-à-dire par un phénomène d'ordre positif ⁽³⁾ ; il importe peu en l'espèce que le droit possédé confère un pouvoir plus ou moins étendu du moment que ce pouvoir existe ; d'autre part, l'expression de droit « négatif », sans apporter aucune précision, peut prêter à confusion ; le pouvoir d'exiger d'autrui qu'il n'accomplisse aucun acte préjudiciable

172. — (1) P. Masse, *op. cit.*, p. 32-33.

(2) Voir notamment Gény : Des droits sur les lettres missives, t. I, n° 126, p. 323. Comp. A. Melliger, *op. cit.*, p. 20.

(3) J. Rault, *op. cit.*, p. 31-32. — De même Grodensky, *Th. Genève*, 1919, p. 17. V. M-Nouaros, *op. cit.*, n° 41, p. 76.

(4) Planiol et Ripert : Tr. élémentaire de droit civil, t. I, n° 2161.

à vos intérêts, est une prérogative positive : c'est l'obligation qui, elle, est négative ; elle consiste à s'abstenir de tel acte préjudiciable aux intérêts du titulaire du droit.

Laissons donc de côté cette terminologie inutile ; l'idée que l'on a voulu exprimer est la suivante : le droit non patrimonial ne confère pas la jouissance d'une faculté naturelle, il n'est que le droit d'interdire à autrui tout agissement portant atteinte à un bien de la personnalité.

D'ailleurs, certaines prérogatives sont d'ordre positif : par exemple le droit de puissance paternelle. Evidemment, les auteurs suisses et allemands, qui entendent comme droits de la personnalité les droits de l'individu comme tel, repousseraient cet argument, mais M. Perreau entend largement les mots « droits de la personnalité » ; pour lui, sont des droits de la personnalité tous les droits non patrimoniaux, y compris les droits découlant du statut familial. Pour rester dans le cadre des développements des auteurs allemands, le droit moral de l'auteur permet à celui-ci d'exiger l'indication de son nom (droit à la paternité).

Ainsi l'objet de ces droits non patrimoniaux n'est pas un bien de la personnalité du titulaire du droit, mais le respect de ce bien par autrui. Ce serait une erreur de croire que cette formule suffit à éclaircir la question : quelle est cette obligation passive universelle ? Quelles sont ses limites ? C'est ce que nous allons maintenant étudier, en essayant de différencier les situations non patrimoniales.

173. — Droits extrapatrimoniaux et droits absolus.

Ce respect des diverses manifestations de la personnalité d'autrui est obligatoire pour tous les individus : de ce caractère, on a essayé de tirer des conséquences ; on a tout naturellement comparé ces « droits » aux droits réels, et on a englobé ces diverses situations juridiques

sous le nom de droits absolus ⁽¹⁾. « La vie, l'honneur sont des biens qui nous sont garantis de la même façon que la propriété des choses, par l'existence à notre profit d'une obligation universelle à objet négatif » ⁽²⁾.

Nous ne nous étendrons pas sur ce caractère des situations juridiques non patrimoniales : nous avons déjà critiqué la doctrine de l'obligation passivement universelle ⁽³⁾ ; et le droit du père sur son enfant est-il absolu ? ⁽⁴⁾. Si l'on voulait pousser l'analogie, on finirait par diviser les droits non patrimoniaux en droits relatifs et en droits absolus. Nous demanderions alors à quoi servirait une telle classification.

On ne peut comparer la propriété du corps à celle d'une chose ou la propriété d'une chose à celle du corps ⁽⁵⁾. On ne peut davantage comparer le droit de puissance paternelle à un droit de créance : cela est peut-être possible en philosophie, mais certainement inutile en droit positif.

En principe, l'obligation corrélatrice du droit non patrimonial peut s'imposer à tous ; cette obligation existe, encore qu'elle soit commune à tous les droits, puisque chacun doit respecter la liberté d'autrui ⁽⁶⁾, mais elle est insuffisante pour nous renseigner sur le contenu, elle fait abstraction de l'objet, elle ne nous donne aucune idée des prérogatives que le droit confère à son titulaire ⁽⁷⁾.

174. — Droits extrapatrimoniaux et droits sanctionnateurs.

Nous croyons pouvoir utiliser ici la distinction que nous avons précédemment établie entre les droits déterminina-

173. — (1) Cf. Roguin : La règle de Droit, Lausanne 1889 (3^e partie, chap. 2) ; Demogue : Les notions fondamentales, p. 419 ; Perreau, art. cité, *Rev. trim. dr. civ.* 1909, p. 514-515 (réf. allem. note 1, p. 515).

(2) Planiol et Ripert : Traité élémentaire, t. I, n° 2161.

(3) Voir n° 162.

(4) « Les droits de puissance sont relatifs », note M. Chauveau, art. cité, *Rev. critique* 1931, p. 554, note 2.

(5) Voir n° 69. Comp. del Vecchio, art. cité, *Rev. critique* 1925, p. 189. —

(6) L. Rigaud : Le droit réel, *Th. Toulouse* 1912, p. 217.

(7) Comp. Picard : Les Biens, n° 39, p. 44.

teurs et les droits sanctionnateurs, distinction dont le seul mérite est la simplicité ⁽¹⁾. Un droit sanctionnateur est une prérogative consistant dans le pouvoir de s'adresser au juge pour obtenir un résultat ou lui demander quelque chose ; un droit déterminateur est une prérogative conférant à son titulaire un pouvoir nettement délimité distinct de celui de s'adresser à la justice.

Nous comprenons immédiatement que la plupart des prétendus droits extrapatrimoniaux ne sont au fond que les manifestations d'un droit sanctionnateur. Très peu d'attributs de la personnalité, en effet, ont accédé au rang d'institutions juridiques véritables, très peu sont l'objet d'une réglementation plus ou moins précise ⁽²⁾.

L'article 1382 du Code civil qui confère à l'individu ayant subi un dommage un droit sanctionnateur de moyen, peut assurer la protection des biens de la personnalité, en cas d'atteinte portée à l'un d'entre eux ; dans certains cas, par suite des applications fréquentes de l'article 1382, il se forme un usage jurisprudentiel qui peut donner naissance à un droit déterminateur, c'est-à-dire qu'un pouvoir précis est conféré avant tout dommage.

L'article 1382 joue donc un rôle important en matière extrapatrimoniale. L'action en réparation du préjudice subi est une consécration du devoir moral de ne pas nuire à autrui. Comme le note M. Ripert, le législateur, « désespérant de rejoindre par un catalogue précis des fautes la règle morale qui s'impose, puisqu'il s'agit de donner une direction juste aux actions humaines, a pris le parti d'édicter une règle générale de conduite » ⁽³⁾. La victime d'un dommage a donc le droit de s'adresser à la justice dans l'espoir d'obtenir réparation : « Le législateur n'a pu arriver à des résultats

174. — (1) Voir n° 16°

(2) Jossierand : Cours de droit civil positif français, tome I, 3^e édit. 1938, n° 205, p. 149 ; Gény : Lettres missives, tome I, n° 88, p. 228, note 4.

(3) Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, n° 112, p. 210.

bien précis, écrit encore M. Ripert (4) : d'une part la sanction légale laisse au juge la tâche délicate de calculer le montant du dommage et d'*arbitrer* la réparation; d'autre part, l'expression de la règle n'a pu se faire que par l'emploi du mot *faute* et ce mot, venu au droit de la morale, n'a pu acquérir la précision technique de certains termes juridiques ».

La faute fournit l'exemple d'une notion qui non seulement n'est pas définie par la loi, mais qui paraît peu susceptible d'une définition *a priori*, écrit M. Marty (5) ; si l'on examine la définition proposée par M. Planiol, on constate qu'elle n'apporte pas un secours bien grand, et lorsqu'on remplace l'idée de *faute* par celle de *manquement* à l'habileté par exemple, la précision n'est guère augmentée (6).

« On dit alors que la faute est un *protée* et on essaie de classer les fautes ; mais pour classer les fautes, il faut classer les devoirs » (7) : notamment les devoirs de respecter les droits innés ! C'est tenter l'ascension par un autre versant et se retrouver devant le même obstacle.

Comment définir les droits innés ? Comment fixer leurs limites ? Par les obligations corrélatives. Mais quel est l'objet des obligations ? Le respect des droits innés, dit-on !

M. H. Mazeaud soutient (8) que l'obligation préexistante est une obligation véritable, mais l'obligation générale de prudence et diligence (obligation de moyen) qu'il oppose aux obligations déterminées (obligations de résultat) est encore une illusion : il ne sert à rien de définir la faute une violation de l'obligation préexistante, il reste

(4) Ripert, *op. cit.*, n° 112, p. 211.

(5) Marty : De la distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation. *Th. Toulouse* 1929, p. 247, n° 128 et note 2.

(6) Marty, *op. cit.*, p. 250, n° 128. Voir également Cézair-Bru et G. Morin, art. cité, p. 65 ; R. Beudant et Capitant, art. cité, p. 138, n° 26 ; Colin et Capitant : Cours, tome II, n° 190, p. 180.

(7) Ripert : Règle morale, n° 112, p. 211.

(8) Mazeaud : Essai de classification des obligations, *Rev. trim.* 1936, n° 40, p. 36.

à dire comment on devra procéder pour déclarer qu'il y a eu imprudence ou négligence, écrit M. Mazeaud ⁽⁹⁾, à propos de la conception de Planiol : nous pouvons, je crois, appliquer cette critique à la conception de M. Mazeaud lui-même. Retenons l'expression obligation de moyen : les tribunaux peuvent se faire juge de toutes les actions humaines ; en cas de dommage, vous avez le droit de venir demander l'arbitrage du magistrat. Pour prouver que l'auteur présumé du dommage a commis une faute, le demandeur compare sa conduite à celle d'un homme avisé mais tout dépend des circonstances et bien que la Cour suprême contrôle l'attribution de la qualification de faute, il ne s'en dégage pas cependant une définition générale de la faute ⁽¹⁰⁾.

Ainsi, on ne peut parler de droit à la vie, ou à l'intégrité corporelle, à l'honneur, à son image, etc... ; avant que le préjudice ait été subi, la victime, bénéficiaire de l'article 1382, n'a aucun droit « abstrait » ; son droit naît pur et simple le jour où le dommage a été causé ⁽¹¹⁾.

Mais, dit-on, l'obligation des tiers, qualifiée souvent de devoir de non immixtion, non intrusion, n'est-elle pas la face négative d'un droit ? Cette obligation vague repose simplement, disons-nous, sur le principe qu'on ne doit pas nuire inutilement à autrui ; elle a pour base le respect de la liberté individuelle, non pas celui d'un droit spécial non patrimonial (droit à la vie ou à l'honneur, etc...).

Il n'y a pas lieu de distinguer entre la faculté, c'est-à-dire le bénéfice légal non encore utilisé ⁽¹²⁾, et le droit revendiqué : *les biens de la personnalité sont protégés par l'octroi d'un droit sanctionnateur de moyen prévu par l'article 1382.*

Quelles sont les conséquences que nous pouvons tirer de ce principe ?

(9) Mazeaud, art. cité, n° 60. p. 52. V. P. Esmein : Remarques sur de nouvelles classifications des obligations, Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, Lib. Dalloz 1939, p. 235.

(10) Marty, *op. cit.*, n° 128, p. 250.

(11) Lecompte, *Th. citée*, p. 114-115.

(12) Lecompte, *op. cit.*, p. 109, 112, 116.

1° Pour que la responsabilité civile d'une personne soit mise en jeu, il faut qu'elle ait commis une faute, que cette faute ait causé un dommage, que la victime ait demandé réparation du dommage causé, que le jugement accorde une réparation : il y a là des événements qui se succèdent dans le temps ; chacun d'eux peut être envisagé comme date de naissance du droit à réparation, et la discussion relative à la détermination de la date de naissance de ce droit a un intérêt pratique considérable ⁽¹³⁾.

La loi elle-même précise qu'un engagement peut naître d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé (art. 1370), car tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un *dommage*, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (art. 1382). Aucune obligation juridique précise et par conséquent aucun droit ne peut exister avant la réalisation du dommage.

Le jour du dommage, la situation change : un demandeur et un défendeur apparaissent, l'action peut être intentée, le droit sanctionnateur naît en même temps que le dommage se réalise. Certains auteurs ont déclaré que l'obligation de réparer datait du jour de la faute, mais la faute ne suffit pas comme élément de la responsabilité : la faute est reconnue par le juge. Les arguments tirés du texte même des articles 1370 et 1382 ne sont pas convaincants ; dans l'article 1382, nous trouvons l'incidente importante « qui cause à autrui un dommage », et dans l'article 1370, le législateur ne fait que citer les engagements qui se forment sans convention : parmi ceux-ci, dit-il, il faut placer les engagements qui naissent du fait personnel, notamment ceux qui résultent des délits ou quasi-délits ; cet article n'est qu'une entrée en matière. Il nous semble probable que par fait personnel le législateur entend : fait personnel dommageable.

(13) Cf. L. Ripert, *Th. citée*, p. 141, n° 123.

Le droit ainsi né du dommage est un droit défini : il est le pouvoir légal d'exercer l'action en réparation.

Ce droit sanctionnateur est distinct du droit de créance d'indemnité. Mlle Ripert ⁽¹⁴⁾ établit une différence entre l'obligation de réparation et l'obligation de verser l'indemnité allouée par la décision de justice ; mais l'obligation de verser l'indemnité est en vérité l'obligation de réparation ; aucune obligation de réparation ne pèse sur le défendeur avant le jugement. Cependant, dit Mlle Ripert, lorsqu'un contrat a été conclu, chacune des parties possède le droit qui lui a été conféré par le contrat, mais ce n'est qu'au jour du jugement intervenu en matière contractuelle que ce droit sera résolu en une indemnité pécuniaire. Pourquoi dès lors traiter différemment les obligations nées d'un contrat et les obligations nées d'un délit ?

Comme le remarque Mlle Ripert elle-même ⁽¹⁵⁾, en matière délictuelle, l'obligation de réparer est peu précise dans son existence et peu déterminée dans son objet, alors que le contrat détermine d'une façon exacte l'obligation du débiteur ; ainsi, en matière de délits, il peut y avoir doute sur l'existence du dommage et sur celle de la faute. Certes s'il ne s'agissait que de préciser l'étendue du dommage, alors que le principe de réparation est acquis, que le responsable est connu, on pourrait affirmer que le jugement ne fait que liquider le montant de l'obligation de réparation. Mais il est évident que, en fin de compte, « le problème de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle se ramène à la détermination des cas où cette responsabilité est engagée, c'est-à-dire des hypothèses où l'auteur du préjudice est tenu de le réparer : la fixation de l'indemnité due est en fait abandonnée à l'arbitrium du juge. Dans les obligations contractuelles, légales ou quasi-contractuelles, le problème de la respon-

(14) Cf. L. Ripert, n° 121, p. 138.

(15) L. Ripert, n° 122, p. 140.

sabilité présuppose la détermination exacte du contour du lien de droit, du cercle dans lequel le débiteur est enfermé, et la responsabilité de celui-ci est engagée par le seul fait d'une inexécution qu'on ne peut rattacher à un événement de force majeure » ⁽¹⁶⁾.

En matière de responsabilité délictuelle, la victime du dommage, après avoir prouvé la réalité du dommage subi, doit démontrer le lien de causalité qui existe entre le fait du défendeur et le dommage, et surtout essayer de convaincre le juge que le défendeur s'est rendu coupable d'une faute : de même, dira-t-on, le demandeur en divorce essaie de convaincre le juge du caractère « grave » de l'injure. Puisque la victime peut intenter une action en justice, c'est qu'elle a un droit, dira-t-on, mais quel est ce droit ? Le droit sanctionnateur de demander réparation.

Le juge intervient en matière de responsabilité, pour décider si le défendeur est dans les conditions légales de la réparation : qu'est-ce à dire, sinon que le juge proclame la faute ?

L'obligation de réparation n'est pas seulement précisée dans son objet, elle est véritablement créée par le juge, qui use alors des pouvoirs conférés par la loi.

Le juge examine la conduite de l'auteur de l'acte ; comme la faute n'est pas définie et qu'elle ne peut pas l'être, il s'agit de porter une appréciation sur la conduite d'un homme : s'il est facile de relever la faute, lorsque la loi impose ou défend un acte, il est plus difficile de la reconnaître lorsqu'il faut porter un jugement sur la régularité d'une activité licite. D'où la nécessité de l'intervention constante du juge pour assurer le concours régulier des activités individuelles : normalement, écrit Mlle Ripert ⁽¹⁷⁾, il ne devrait pas y avoir besoin de l'intervention du juge et l'auteur responsable devrait répa-

(16) Chauveau : Examen synthétique des questions de responsabilité civile, *Rev. crit.* 1933, n° 13, p. 317.

(17) L. Ripert, *op. cit.*, n° 122, p. 140.

rer de sa propre initiative le dommage causé. Mais tout le problème est de savoir qui est responsable du dommage causé : le juge décide si le défendeur est dans l'obligation de réparer le dommage causé, s'il a commis une faute ; le juge n'a d'autre ressource que de comparer la conduite de l'auteur de l'acte à celle qu'aurait tenue, dans les mêmes circonstances, un homme jugé sans reproches. Il peut arriver, donc, à un homme de bonne foi, de ne pas se croire en faute, il n' imagine pas être débiteur d'une obligation de réparation : le tribunal, après la comparaison des conduites possibles, qu'il fera en toute objectivité, estimera que l'auteur du dommage est en faute. S'il y a plusieurs co-auteurs d'un dommage, dont les activités se sont exercées en même temps, le tribunal sera obligé de faire un partage de responsabilités.

Si l'auteur de l'acte ne s'estime pas lui-même coupable, il doit se fier au jugement des autres hommes, et quand le juge a prononcé, il a l'obligation de s'acquitter.

Ainsi, l'existence d'un dommage donne à la victime le droit de demander la réparation du préjudice qu'elle a subi : le droit de demander réparation est un droit sanctionnateur ; c'est le pouvoir, lorsqu'une atteinte a été causée à une situation juridique, d'en référer aux tribunaux. Le jugement ne fait d'ailleurs que constater le dommage, d'où découle le droit de demander réparation : sur ce point, le jugement n'est que déclaratif.

La faute, au contraire, dépend de l'appréciation du juge ; le jugement, à cet autre point de vue, est donc constitutif de droit, le droit de créance de réparation naît du jugement : il faut donc distinguer le droit de demander réparation et le droit de créance de réparation : le premier est un droit sanctionnateur, le second un droit déterminateur.

Le droit de créance d'indemnité ou de prestation en nature naît donc du jugement ; les juges peuvent d'ailleurs faire remonter les effets du jugement dans le temps, par exemple à partir du dommage. C'est par la

qualification de la faute, la reconnaissance du lien de cause à effet qui unit le dommage à la faute dont ils viennent de proclamer l'existence, que les tribunaux donnent naissance à la créance de réparation.

Avec M. Dennery, auteur d'un article récent sur cette question ⁽¹⁸⁾, nous croyons que l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 novembre 1936 ⁽¹⁹⁾ doit être accepté : la créance indemnitaire de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit n'existe qu'à dater du jugement ou de l'arrêt qui la consacre ; on peut comparer le jugement de condamnation à des dommages-intérêts au jugement de divorce : le jugement de divorce reconnaît l'existence du droit au divorce, le jugement de condamnation à des dommages-intérêts, le droit à réparation ; de même que le jugement de divorce crée une situation nouvelle, de même le jugement de condamnation à des dommages-intérêts crée une situation nouvelle, en faisant naître l'obligation de verser l'indemnité.

Il ne s'agit pas d'ailleurs de contester avec Duguitt l'existence du droit qui naît du dommage ⁽²⁰⁾, il faut seu-

(18) R. Dennery : Du caractère des jugements de condamnation à d. i. *Revue crit.* 1937, p. 374. — Comp. Léon Mazeaud : De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits, *Rev. trim. dr. civ.* 1929, p. 17. — H. et L. Mazeaud : *Traité*, tome 3, 2^e édit. 1934, n° 2246 et s., p. 284 et suiv. ; Georges-Albert Ugeux : Le jugement de condamnation à des d. i. est-il déclaratif ou constitutif de droit ? *Rev. générale des Assurances et des Responsabilités*, 1938, 2595. — Lalou : *Chron. D. H.* 1936, p. 69. Déclaratifs ? attributifs ? (Caractères des jugements rendus en mat. de resp. civile).

(19) *D. H.*, 1936.585 ; *S.* 1937.1.26. — Comp. Givord : *Th. citée*, p. 270 et note 5.

V. Crim., 9 déc. 1937, *Gaz. Pal.*, 1938.1.128 ; *Crim.*, 3 fév. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.1.466.

On invoquait, à l'encontre de la th. admise par ces arrêts, le caractère déclaratif du jugement de condamnation, mais la Cour de Cass. n'admet pas ce caractère (*Chron. H. et L. Mazeaud, Rev. trim.* 1938, p. 262).

Comp. Civ., 6 déc. 1937, *Rev. générale du dr. des faillites et liq. juric.* 1938, p. 117 ; *Rev. générale de dr. commercial*, 1938, note Jean Hémard, p. 702.

(20) Cf. Dennery, art. cité, p. 391.

lement tenir compte du caractère particulier de ce droit, simple droit sanctionnateur ⁽²¹⁾.

Il est certain cependant, malgré l'arrêt du 5 novembre 1936, que les juges adoptent dans chaque espèce la solution la plus favorable à la victime et les jugements de condamnation à des dommages-intérêts peuvent figurer alternativement dans la catégorie des jugements constitutifs ou déclaratifs, ou même dans la catégorie imprécise des jugements mi-déclaratifs, mi-constitutifs ⁽²²⁾.

Les partisans de la thèse déclarative reconnaissent que le droit de créance n'apparaît qu'avec le jugement ; le rôle du jugement est comparable à celui d'un révélateur, disent-ils ; mais révéler, faire apparaître et préciser les contours incertains, ce n'est pas créer.

Quelque parti que l'on adopte, on peut conclure qu'aucun droit n'existe antérieurement à la réalisation du dommage ; celui-ci donne naissance à un droit sanctionnateur. Quant au droit à réparation, il ne prend complètement forme ou il n'apparaît, diront certains, qu'avec le jugement.

2° Pour utiliser le droit sanctionnateur, il faut que le demandeur puisse prouver qu'il a subi un dommage : cette exigence, a-t-on dit, constitue le principal intérêt de

(21) Sur le caractère incertain et vague du droit né par le seul événement du fait dommageable, comp. P. Esmein, Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits, *th. Paris*, 1914, p. 153 et 154 (t. et n. 1) ; voir la note de M. L. Josserand D. P. 1928.150 (col. 2) sous Req. 30 nov. 1926, « la créance née de l'accident au profit de la victime n'est pas certaine, son principe et sa quotité n'ont encore reçu aucune consécration judiciaire, le moins que l'on puisse dire, c'est qu'elle n'est pas liquide ».

(22) Il est possible que la consécration législative de l'effet déclaratif du jugement soit heureuse au point de vue pratique : M. Richard a déposé une proposition de loi en ce sens « tendant à compléter l'article 1370 du Code civil, en vue de consacrer législativement le caractère déclaratif des jugements en matière de délits et de quasi-délits » (voir P. Voirin, notes parlementaires, *Rev. trim.*, 1938, p. 875 et 876, n° 5). On a pu objecter notamment qu'il est peu satisfaisant de voir les lenteurs de la procédure influencer sur l'étendue des droits, Cons. à propos de certaines conséquences paradoxales de la thèse constitutive, en droit commercial : G. Hérel et L. Meller : La masse en matière de faillite, ses droits, ses obligations, *Rev. gén. de Droit commercial*, 1938, n° 6, p. 55-56.

la distinction que l'on peut faire entre la protection basée sur l'article 1382 et celle garantie par un droit autonome. Nous avons montré que bien souvent l'intérêt à l'action se rapprochait singulièrement du dommage moral protégé par l'article 1382 ⁽²³⁾. On dit parfois qu'un droit est sanctionné sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un dommage, cela est inexact : on sanctionne la violation d'un droit afin de réparer le dommage moral qu'a subi celui dont le droit n'a pas été respecté ⁽²⁴⁾.

Prenons l'exemple du droit de propriété : le propriétaire pourra se plaindre de l'usage qu'une autre personne a fait de sa chose, même s'il n'en résulte pour lui aucun préjudice ⁽²⁵⁾, mais cependant des actes absolument inoffensifs par eux-mêmes, ne portant pas atteinte à l'utilité que le propriétaire attend de sa chose, ne pourront être incriminés ⁽²⁶⁾. Par suite de l'interprétation jurisprudentielle, les deux notions d'intérêt et de préjudice se rapprochent. La nuance qui subsiste c'est qu'avant tout dommage, ou plutôt toute menace précise de dommage, le droit sanctionnateur sera moins facilement utilisé qu'un droit déterminateur : en effet l'appréciation de l'existence du dommage est une pure question de fait ; les tribunaux restent libres de recevoir ou non l'ac-

(23) Voir n° 14.

(24) Cf. note Labbé, *S.* 1879.2.193 : « Toutes les fois qu'un droit a été violé injustement, même sans autre préjudice que l'ennui et l'inquiétude qui résultent de la violation, la victime a le droit d'obtenir une affirmation de son droit et une condamnation au moins aux dépens à titre de dommages-intérêts et même puisque les dépens ne comprennent pas tous les frais, à une somme la déchargeant de la totalité de ceux-ci ». Voir également Req. 6 mars 1934, *D. H.* 1934, 202 : « La seule atteinte au droit de possession et le trouble qui en résulte justifient, sans qu'il en soit résulté un préjudice matériel, l'allocation de d. i. au profit de celui aux droits de qui l'atteinte a été portée ». Comparer Walton, La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne, Introduction à l'étude du droit comparé, tome 2, par. 69, p. 56, t. et notes 32 et 33.

(25) Civ. 12 déc. 1893, *D. P.* 94.1.341, note Beudant, *S.* 95.1.9 ; Civ. 25 oct. 1897, *S.* 1898.1.324 ; Bordeaux, 24 oct. 1910, *D. P.* 1910.2.336.

(26) Ripert : De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, *th. Aix*, 1905, p. 300 et suiv.

tion (27). Avec un droit déterminateur, l'existence de l'intérêt est plus facile à prouver : un pouvoir précis est inclus dans le droit déterminateur que le défendeur a par hypothèse méconnu.

Il faut admettre que l'action de l'article 1382 est la principale base de protection des intérêts non patrimoniaux, des « biens de la personnalité ». Il existe d'autres droits sanctionneurs de moyen (par exemple le droit de demander la nullité d'un contrat pour cause illicite), mais c'est l'article 1382 qui est d'application la plus courante.

— A côté de ces droits sanctionneurs de moyen, existent des droits sanctionneurs de résultat : le juge est l'intermédiaire indispensable pour obtenir tel résultat déterminé ; le titulaire du droit sanctionneur doit s'adresser au juge, lequel sera obligé de tirer des preuves apportées par le titulaire du droit des conséquences précises. La part de l'arbitraire du juge est réduite. En matière extrapatrimoniale, nous trouvons parmi les droits de cette catégorie, toutes les actions qui ont trait à la détermination de l'individualité : actions d'état, tendant à la constitution, à la destruction ou la déclaration d'un état, actions en réclamation de nom, actions en rectification des actes de l'état civil, qu'il faut distinguer soigneusement des actions d'état (28), actions tendant à obtenir un jugement déclaratif de faits intéressant l'état civil, par exemple un jugement qui remplace un acte de l'état civil, en cas de perte de ce dernier ; il faut rapprocher de ces droits la possibilité, en cas de procès, de faire statuer par le tribunal sur des questions de domicile, lesquelles se présentent généralement sous la forme d'exceptions d'incompétence.

Les actions en nullité des actes de l'état civil sont tantôt laissées au pouvoir d'appréciation du juge (droit sanction-

(27) Il faut au moins constater l'existence du préjudice, Civ. 7 janvier 1918, S. 1920.1.157.

(28) Cf. Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 221 et suiv., p. 263.

nateur de moyen), tantôt nettement précisées (droit sanctionnateur de résultat) ⁽²⁹⁾.

En conclusion, la défense des divers intérêts extrapatrimoniaux est assurée par de nombreux droits sanctionnateurs, c'est-à-dire par des actions. Remarquons que ces actions ne sont en elles-mêmes ni patrimoniales, ni extrapatrimoniales : ce sont les conséquences de ces actions, les résultats obtenus, qui peuvent être classés selon leur évaluation pécuniaire ou leur non évaluation. Ainsi ces actions, droits sanctionnateurs, peuvent protéger indifféremment les intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux : il était nécessaire de montrer combien fréquentes sont leurs applications en ce qui concerne les situations juridiques non patrimoniales ⁽³⁰⁾.

175. — Droits extrapatrimoniaux déterminateurs, prévus par la loi.

Il faut nous demander maintenant si, à côté de ces droits sanctionnateurs, ne se rencontrent pas des droits extrapatrimoniaux déterminateurs. Certaines prérogatives prévues par un texte de loi sont nettement définies et délimitées : il en est ainsi du droit de légitime défense ⁽¹⁾

(29) Cf. Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 204, p. 242.

(30) Cf. Picard : Les Biens, n° 23, 3°, p. 28 : les actions d'état sont classées parmi les droits non patrimoniaux.

175. — (1) Nous englobons ici le droit de légitime défense parmi les droits déterminateurs : la loi, en effet, permet d'accomplir un acte de violence puisque l'acte est justifié par la loi-même, elle donne le droit de l'accomplir (Cf. Garraud et L. L. Précis 1937, n° 99, p. 71).

On pourrait, il est vrai, classer ce droit parmi les droits sanctionnateurs de résultat : le pouvoir de repousser la violence par la violence n'est-il pas plutôt la manifestation d'un réflexe vital que l'exercice d'un droit ? Le droit de légitime défense n'est-il pas la prérogative consistant à pouvoir justifier devant le juge d'une infraction matériellement consommée, par la démonstration que l'élément injuste fait défaut ? Ainsi ce droit comporte toujours l'intervention du juge, sinon la justice privée s'établirait, dangereuse pour l'état social.

Il est exact, croyons-nous, que la légitime défense est une faculté naturelle, mais la précision apportée par la loi (voir art. 329) permet de classer ce droit de légitime défense parmi les droits définis, avant toute intervention du juge, lequel se borne à vérifier l'existence des

(Code pénal, art. 328, comp. l'art. 53 du Code pénal allemand et l'art. 227 du Code civil allemand) ou du droit de réponse : sans passer par l'intermédiaire des tribunaux, l'individu se jugeant offensé par un article de journal, pourra faire insérer sa réponse ; normalement le journal la publiera sans difficulté ; s'il y a refus d'insérer, le juge interviendra, non pas pour créer un droit, mais pour vérifier si les conditions d'application de ce droit de réponse sont remplies. Le droit de réponse est un droit déterminateur non patrimonial. Si, demain, le projet de loi sur le droit d'auteur est voté, le droit moral prévu par l'article premier sera sûrement un droit déterminateur : c'est le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de faire cesser toute atteinte à l'œuvre par destruction, déformation, mutilation ou autre modification de nature à préjudicier aux intérêts moraux de l'auteur ⁽²⁾.

De même le mutilé du travail a le droit de choisir son appareil orthopédique parmi les types agréés convenant à son infirmité ⁽³⁾. Le droit de puissance paternelle est encore un droit déterminateur (voir articles 371 Code civil et suiv.).

176. — **Elaboration par la jurisprudence de règles précises, en matière de responsabilité.**

A côté de ces droits légaux, existent des droits créés par le travail constructif de la jurisprudence : sous l'em-

conditions d'application de ce droit, prévu par la loi. — Notons d'ailleurs une fois de plus que la distinction en droits déterminateurs et droits sanctionnateurs n'a rien de rigide, puisqu'aussi bien elle nous permet surtout de retracer une *évolution* de la réglementation juridique.

(2) Escarra, Rault et Hepp : La doctrine française du droit d'auteur, p. 193.

(3) Décret du 7 sept. 1938 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1938, relative aux appareils de prothèse nécessaires aux victimes d'accidents du travail, *J. O.* 21 sept. 1938, p. 11044 (art. 2, alinéa 3).

pire des nécessités sociales, on a vu naître, en cas de dommage, au lieu d'un droit sanctionnateur, des droits spéciaux coulés en quelque sorte dans le moule d'une norme particulière.

— L'évolution est caractéristique en matière de responsabilité ; les juges perdent ainsi le pouvoir d'appréciation que leur conférait la nécessité d'examiner la conduite du débiteur, la recherche de la faute. La seule inexécution d'une obligation déterminée, corrélative donc d'un droit déterminateur, entraînera l'obligation de réparer le dommage. M. Mazeaud note cette évolution ⁽¹⁾ : « Nous assistons, dit-il, à une augmentation constante du nombre des obligations déterminées et à un rétrécissement du champ d'application de l'obligation générale de prudence et de diligence. L'application de l'article 1382 n'est plus qu'un *ultimum subsidium*, pour le cas où la réparation du dommage ne serait pas assurée par le jeu d'une autre règle, ou comme une sanction de l'action coupable, analogue à la sanction pénale ⁽²⁾. Toute l'évolution du droit tend à l'élaboration de règles précises et concrètes qui ont pour effet de restreindre progressivement, sans jamais l'éliminer tout à fait, la part laissée à l'arbitraire du juge, à son sentiment individuel. dans l'appréciation de la faute. A ce mouvement coopèrent la coutume qui trace des règles de conduite, la loi qui multiplie les obligations déterminées, la jurisprudence enfin qui interprète. Nous essayons de retracer cette évolution, mais un classement rigide ne correspondrait pas à la réalité : il est essentiel de noter toutes les nuances de la pratique ; il y a, si l'on veut établir un tableau, une gradation croissante de précision, de détermination, de sûreté du droit, suivant que l'on utilise l'article 1382, ou l'article 1384, 4° et suivants

176. — (1) Mazeaud, art. cité, *Rev. trim.* 1936, n° 35, p. 31. — Comparer, par une règle inverse. H. Mazeaud : L'absorption des règles juridiques par le principe général de la responsabilité civile, *D. H.* 1935, chronique p. 5.

(2) Ripert : Le régime démocratique, n° 169, p. 331.

(père et mère, artisan), ou l'article 1384, 1° (obligation de garde) ⁽³⁾, ou la loi sur les accidents du travail.

Avec l'article 1382, la victime d'un dommage n'a que le droit d'essayer d'obtenir du juge qu'il qualifie de fautif l'agissement de l'auteur de l'accident. Dans le cas d'un accident causé par un enfant ou un apprenti, la victime a un germe de droit plus fort, il existe une présomption de faute contre les parents ou artisans, mais cette présomption peut être renversée par la preuve qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. Lorsque nous nous trouvons en face de l'article 1384, 1°, un pas de plus a été franchi ; le présumé coupable ne pourra se libérer que par la preuve d'une cause de l'accident, qui lui est étrangère et non imputable. Dans le cas d'un accident du travail, enfin, l'ouvrier a droit à une indemnité, même en cas de faute de sa part : seule la preuve que l'ouvrier a intentionnellement provoqué l'accident, peut empêcher ce dernier de se voir attribuer l'indemnité prévue (art. 20, al. 2, de la loi de 1898, modifiée en 1938).

— Caractéristique de cette évolution est également l'interprétation jurisprudentielle qui aboutit à la notion d'une obligation de sécurité, obligation introduite par un forçage prétorien dans certains contrats (transport, jeux forains, etc.), ce qui a pour résultat d'étendre le champ d'application de la responsabilité contractuelle, laquelle apporte plus de sécurité au client du professionnel notamment ; mais là encore la jurisprudence, avec raison, ne se préoccupe pas de la symétrie des solutions, mais de la portée raisonnable des décisions de justice ⁽⁴⁾ : c'est ainsi que tout en reconnaissant le caractère contractuel de la responsabilité du médecin, le malade doit continuer à fournir la preuve de la faute du médecin, et pour expliquer cette exigence, on a utilisé la distinction entre

(3) Cf. Van Ryn : Resp. aquilienne et contrats en droit positif, 1933, n° 17.

(4) Voir Civ., 11 mars 1938, *Sem jurid.* 1938, f. bl. 749.

obligation contractuelle de moyen et obligation contractuelle de résultat.

— Signalons enfin, comme symbole de cet état d'esprit, le projet de loi de la Société d'Etudes législatives, qui modèle sur la législation des accidents du travail la réparation légale des accidents d'automobiles ⁽⁵⁾ ; on a pu se demander si l'article 1382, lui-même, ne contenait pas une obligation déterminée, celle de respecter la propriété et l'intégrité physique d'autrui : c'est la thèse du fait immédiat soutenue en Belgique par M. le Procureur général Leclercq ⁽⁶⁾, tout fait causant un dommage à autrui est par cela même une faute.

Cette évolution ne peut faire disparaître l'article 1382 lui-même et son interprétation traditionnelle : il trouve toujours un emploi subsidiaire ; n'oublions pas qu'un grand progrès a été accompli le jour où l'on a pu substituer aux délits privés une règle générale de responsabilité ; le progrès de la législation a consisté à rendre la règle civile aussi parfaite que la règle morale, à sanctionner aussi complètement que possible le devoir moral de ne pas nuire à autrui ⁽⁷⁾. La loi, avec l'article 1382, a établi la charte de la vie en société ; c'est là un Code de sociabilité humaine, selon le mot de Demolombe, et ce Code sera toujours utile.

— Ce mouvement permet-il de conclure à l'existence de droits extrapatrimoniaux déterminateurs ?

Le dommage donne naissance soit à un droit sanctionnateur de moyen, si la victime utilise l'article 1382 du Code civil, soit à un droit déterminateur, au cas d'accident du travail, puisque le droit de créance d'indemnité est prévu par la loi sur les accidents du travail ; lorsque la victime fonde sa demande sur l'article 1384 Code civil,

(5) Rapport Lalou : *Bull. Soc. d'Et. législ.* 1932, p. 73 et la discussion, *Bull.* 1932, p. 73, 80, 156, et 1933, p. 30.

(6) Cons. Ripert : Régime démocratique n° 180, p. 362 ; Gorphe : La jurisprudence belge sur la responsabilité du fait des automobiles, *Rev. crit.* 1936, p. 120.

(7) Ripert : Règle morale, n° 128, p. 248.

le droit de créance d'indemnité ne naît pas au moment du dommage, mais le demandeur à l'action en réparation a une position plus forte que le demandeur, qui exerce le droit sanctionnateur de l'article 1382.

Mais existe-t-il un droit, avant la réalisation du dommage ? Non, croyons-nous, mais seulement un espoir de droit, une virtualité de droit. Antérieurement au fait dommageable, nul ne peut utiliser le droit sanctionnateur de l'article 1382, ni le droit déterminateur prévu par la loi sur les accidents du travail, ni le droit spécial prévu par l'article 1384. M. Titulesco essaie de démontrer qu'il existe dans certaines circonstances un droit éventuel ⁽⁸⁾ ; de même un arrêt de la Chambre civile du 28 février 1938 s'exprime en ces termes à propos de l'obligation alimentaire : « L'obligation alimentaire, qui est à la fois morale et civile, existe virtuellement par le seul fait de la parenté, et la survenance de l'indigence chez le créancier d'aliments n'a d'autre effet que de rendre cette obligation exigible » ; un peu plus loin, l'arrêt parle du créancier éventuel d'aliments ⁽⁹⁾.

Nous nous demandons si ces formules sont très correctes : il est certain qu'il existe des états intermédiaires entre la situation de fait et la situation de droit. Entre le néant juridique et les droits purs et simples, on a distingué le droit à terme, le droit conditionnel, le droit éventuel ; pour M. Titulesco, il existe un droit dès qu'un intérêt est juridiquement protégé, le fût-il partiellement ⁽¹⁰⁾. C'est peut-être là une erreur, et la notion de droit éventuel a-t-elle eu beaucoup de portée pratique ? N'est-elle pas seulement une manière d'exprimer cette transition du fait au droit ? Tout juriste reconnaît que certaines situations présentent un caractère juridique, et

(8) Titulesco : Essai sur une théorie générale des droits éventuels, *Th. Paris* 1907 (voir n° 20, n° 222).

(9) *D. H.* 1938, p. 241. — *Comp. Titulesco, op. cit.*, n° 217, p. 199.

(10) Titulesco, *op. cit.*, p. 18, note.

c'est là l'essentiel ; mais est-ce nécessaire de se servir du terme « droit » ?

Le droit acquis a été, lui aussi, un pavillon couvrant toute espèce de marchandises, note M. Roubier ⁽¹¹⁾, et les remarques de cet auteur s'appliquent non seulement au droit acquis, mais au droit tout court ⁽¹²⁾ ; la distinction du fait et du droit est une formule commode, pour éluder une question ; elle est incapable de fournir une clarté quelconque lorsqu'on recherche la solution d'un problème juridique.

Parler d'un droit à la vie parce que l'évolution juridique précise les conditions, dans lesquelles un dommage causé à ce bien de la personnalité est réparé ou compensé, nous semble inutile et inexact :

— inutile car l'expression n'ajoute rien ; vous usez simplement un peu plus le terme droit.

— inexact car on n'a pas un droit à la vie, mais on vit, on a un droit : celui de demander au juge de vouloir vous accorder des dommages-intérêts si une atteinte a été portée à votre intégrité corporelle.

177. — Droits extrapatrimoniaux déterminateurs de création jurisprudentielle.

Pour qu'on puisse parler de droit, il faut que des pouvoirs définis existent à votre profit ; peut-on trouver l'exemple de tels droits créés par la jurisprudence ?

La plupart de ces prétendus droits extra-patrimoniaux n'ont pas pris de physionomie spéciale ; ils n'ont pas de contours arrêtés d'où résultent une grande fermeté et un maniement facile dans l'application ; ils restent, quant à leur nature intime, confondus et absorbés dans cette notion générale de personnalité, dont ils tirent leur valeur effective ; on peut seulement les distinguer par des dénominations différentes !

(11) P. Roubier : *Conflits de lois dans le temps*, tome I, p. 323,

(12) P. Roubier, *op. cit.*, p. 323, note 1 ; 326, d, 378.

Sous la diversité du contenu de ces facultés générales et vagues, sous la variété des garanties, pénales, civiles ou administratives, qui les sauvegardent, on retrouve comme fond commun la notion de personne humaine ; au lieu de droit non patrimoniaux, nous sommes en présence de « biens de la personnalité ».

M. Gény relève avec particulièrement de bonheur ces idées ⁽¹⁾, mais il part de la notion que nous avons précédemment rejetée d'un droit général de la personnalité, droit à tous les droits subjectifs, sorte de faculté d'ensemble inhérente à l'homme et contenant en puissance les divers droits qu'il réalise par sa volonté ⁽²⁾. Les formules de Gény restent excellentes et nous les utilisons ici même.

Généralement, donc, les biens de la personnalité ne se dégagent pas de la personnalité prise en elle-même ; dérivant d'un principe unique, ils se diversifient en mille applications, ne présentant pas une individualité absolument distincte.

Le mouvement général des idées et le développement continu du système juridique ont produit ce résultat que parmi ces biens, certains tendent vers une configuration juridique plus précise ; cette évolution est continue, car « l'idée d'intérêt doit être considérée comme un rayonnement de notre personnalité ; au fur et à mesure que cette personnalité se développera, les intérêts se multiplieront » ⁽³⁾ : la série des biens de la personnalité est ouverte.

Un intérêt a-t-il besoin d'être protégé ? On fera usage d'abord d'un droit sanctionnateur général (l'art. 1382 notamment) ; petit à petit une institution juridique se crée ; puisque le juge accorde une réparation pour toute atteinte portée à tel bien de la personnalité, puisqu'une

177. — (1) Gény : Des droits sur les lettres missives, t. I, n° 88, p. 226 et suiv.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 227.

(3) Cf. Ionescu, *op. cit.*, n° 101, p. 149-150.

jurisprudence a pris naissance, les hommes en concluent qu'il ne faut plus causer un dommage à ce bien de la personnalité. Une règle de conduite s'établit, et, sans attendre que le dommage soit causé, on pourra avant tout dommage, exiger du juge une mesure préventive. Puisque les tribunaux dégagent de la protection de la personnalité un pouvoir défini, on peut dire qu'un droit se crée.

Ce droit n'est pas seulement sanctionnateur de résultat, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de passer toujours par l'intermédiaire du juge : avant toute intervention de celui-ci, un droit déterminateur existe, permettant d'exiger du sujet passif telle conduite déterminée; l'évolution s'achève parfois par la consécration législative, laquelle assure le maximum de sécurité.

S'il est facile de saisir cette évolution à son début ou à son terme, il est malaisé au contraire de suivre entièrement cette marche vers l'individualisation d'un droit.

On peut affirmer que le droit de puissance paternelle est un droit défini, mais que dire du droit à la vie, du droit à son image, du droit au secret, du droit à l'honneur ou du droit moral de l'auteur ?

La protection de ces divers biens de la personnalité que sont l'intimité morale, l'honneur, l'intégrité corporelle, l'honneur de l'auteur, etc..., est assurée, par des dispositions de droit pénal ou par l'action en réparation, c'est-à-dire soit par l'action civile, ayant pour objet d'obtenir la réparation du dommage causé par une infraction à la loi pénale, soit par l'action en dommages-intérêts prévue par l'article 1382.

Peut-on dire qu'il existe des droits à l'honneur, à l'intégrité corporelle ?... Nous avons dit plus haut que l'homme n'a pas de droits sur une faculté naturelle ou psychique : il n'a pas de droit à la vie, ou à la pensée ; il y a donc ici un emploi de formules elliptiques : l'homme, veut-on dire, a le droit de protéger sa vie, son honneur, sa liberté de pensée,

— La mise en mouvement de l'action publique ne dé-

pend pas, en principe, de la partie lésée : il en est autrement pour les délits de diffamation, d'injure, d'adultère, ou de contrefaçon ; remarquons que si la mise en mouvement de l'action publique est subordonnée à une plainte, une dénonciation ou une requête préalable, une fois cette pièce entre ses mains, le magistrat du ministère public reste libre ou non d'engager la poursuite : le principe de liberté et d'opportunité reprend tout son empire⁽⁴⁾. Il n'y a donc, au profit de la partie lésée, aucun droit proprement dit, même pas un droit sanctionnateur. D'ailleurs il s'agit ici de répression, non de réparation, et l'intérêt social est seul en jeu.

— L'action civile (art. 1^{er} C. Instr. crim.), c'est-à-dire l'action en réparation du dommage causé par une infraction pénale, appartient à toute personne ayant subi un dommage ; pour exercer l'action civile, il faut évidemment avoir la capacité d'ester en justice, il faut avoir subi un dommage personnel, actuel et direct⁽⁵⁾ : c'est un droit sanctionnateur d'équité, analogue à l'action d'ordre purement civil prévue par l'article 1382.

C'est d'ailleurs cet article 1382 qui constitue la base réelle de protection des divers biens de la personnalité utilisée par la jurisprudence. Le problème consiste à savoir si le stade de protection de l'article 1382 est dépassé.

— La jurisprudence va au delà de l'application pure et simple de l'article 1382, prétendent certains : elle admet une action ayant pour but de prévenir un dommage, elle ordonne des mesures de plus en plus audacieuses tendant à remplacer la réparation en argent par une réparation appropriée au dommage causé ; elle va jusqu'à ne pas appliquer les règles successorales, dans le cas des souvenirs de famille par exemple.

— Il est exact, peuvent objecter les partisans de la

(4) Cf. Garraud et Laborde-Lacoste : *Précis élémentaire de dr. pénal*, 1937, 3^e édition, n° 638, p. 340 et suiv.

(5) Garraud et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, n° 680 et suiv.

théorie délictuelle, que les tribunaux peuvent prescrire des mesures pour empêcher soit la venue, soit la continuation, soit le renouvellement d'un dommage ⁽⁶⁾ ; la réparation n'a pas lieu nécessairement en argent ; le magistrat peut ordonner la publication du jugement condamnant pour atteintes à la réputation ou pour faits de concurrence déloyale ; il peut prescrire la restitution, la destruction, l'annulation ou le relèvement d'une déchéance encourue par la victime ⁽⁷⁾ ; l'idée de peine privée influence souvent la décision du juge, lequel est inspiré par le désir de réparer le préjudice moral, faute de mieux par une indemnité pécuniaire, ou de sanctionner de façon suffisante des actes gravement répréhensibles qui n'ont causé qu'un préjudice minime ⁽⁸⁾. Cependant, continueront les partisans de la théorie quasi-délictuelle, ce pouvoir des tribunaux s'exerce à propos de tout dommage, et non pas seulement de dommage causé à des biens de la personnalité. D'autre part, les dérogations aux règles successorales sont exceptionnelles.

A la vérité, nous croyons que la jurisprudence utilise l'article 1382 en tant que moyen technique de protection des intérêts extrapatrimoniaux.

La notion de faute est assez large pour permettre toutes les interprétations, mais n'avons-nous pas dépassé le plan du droit sanctionnateur ? Certaines règles de conduite sociale n'ont-elles pas été établies par la jurisprudence ? Et de celle-ci, ne peut-on tirer des droits, offrant une consistance plus ferme que ce droit sanctionnateur ?

Les tribunaux accordent une réparation pour tout dommage causé à l'intégrité corporelle, à l'honneur, à l'intimité morale : avant toute intervention du juge, l'homme a-t-il certains pouvoirs définis, lui assurant quelque chose de plus que la liberté ? Reprenons les exemples cités plus haut.

(6) Cf. Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 545, p. 749.

(7) Cf. même ouvrage, n° 680, p. 919-920.

(8) Cf. même ouvrage, n° 683, p. 925.

— Avant toute atteinte à l'intégrité corporelle, quel pouvoir a l'homme ? Il doit attendre qu'un dommage soit causé, alors seulement il pourra demander une réparation au juge. Généralement, d'ailleurs, l'individu qui veut porter atteinte à l'intégrité corporelle n'annonce pas son dessein à l'avance ; les menaces, c'est-à-dire l'annonce faite à autrui d'un mal qu'on se propose de lui causer, ne sont punies que dans certaines conditions. En bref, l'homme ne possède qu'un seul pouvoir : celui de se défendre ; on peut donc parler d'un droit de légitime défense (Code pénal, art. 328) ; ce droit ne sera utilisé que comme cause de justification d'une infraction réalisée : il n'y a ni crime ni délit parce que l'auteur a agi dans l'exercice d'un droit. Hors de ce droit mentionné par la loi, mais précisé dans ses conditions d'exercice par la jurisprudence, il n'existe pas de droit à la vie.

— Avant toute atteinte portée à la considération, l'homme ne peut rien pour protéger son honneur ; il doit attendre que l'atteinte ait été réalisée : il pourra exercer alors soit le droit déterminateur de réponse, soit le droit sanctionnateur de moyen de l'article 1382. Il n'existe pas de droit à l'honneur : l'injure, non accompagnée de gestes, n'est même pas considérée comme un fait de provocation susceptible d'être admis comme excuse ; seul l'outrage violent à la pudeur excuse le crime de castration (art. 325 Code pénal) ; d'autre part, le flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale excuse le meurtre ou les blessures commises sur la personne de la femme ou de son complice par le mari (art. 324, alin. 2).

— Avant toute publication d'une photographie, la personne qui a servi de modèle (involontairement par hypothèse) a-t-elle le pouvoir d'interdire au photographe la prise de la photographie ? Cette prérogative serait exorbitante ; une prohibition absolue de toute représentation de l'image serait concevable si le sujet voulait et pouvait vivre dans un état de solitude absolue ; au contraire sa participation réelle à de multiples relations concrètes de

la vie sociale implique déjà un consentement à ces communications objectives de la personne (9). Aussi le droit à sa propre image n'est-il pas le droit d'interdire toute reproduction de sa propre personne ; il est le pouvoir d'interdire toute publication. Est-il seulement le droit de réclamer à la justice la réparation du dommage causé par une publication de son image, dommage qui peut consister simplement dans le déplaisir qu'éprouve la personne à devenir une « figure connue » ? ce droit n'a été à sa naissance que cela, il est un peu plus aujourd'hui. Les artistes ou photographes n'ont jamais contesté le droit du modèle ; ils prétendent seulement, en cas de procès, avoir obtenu le consentement tacite de celui-ci. C'est donc une reconnaissance de ce droit et *avant tout recours à la justice*, cette obligation d'obtenir le consentement du modèle étant établie par la jurisprudence constante, *le modèle a le pouvoir d'interdire toute publication de son image* ; d'ailleurs, dans certains pays étrangers, ce droit a reçu une consécration législative ; par exemple, en Allemagne, il est prévu par la loi du 9 janvier 1907 (10).

— Il n'est pas exact de parler d'un droit au secret : tous les renseignements que l'on a pu recueillir au cours d'une conversation, par exemple, ne doivent pas obligatoirement être tenus cachés ; ou tout au moins, cette obligation peut ressortir du domaine de la morale, non de celui du droit.

Peut-on parler d'un droit du client au respect du secret par le professionnel ? Un texte suppose ce droit ; en principe, bien que le texte pénal n'ait pas été écrit dans l'intérêt de l'individu, mais dans l'intérêt social, le client du professionnel a un droit : celui de se constituer partie civile, si une poursuite pénale existe ; sinon, nous retombons purement et simplement dans l'application de l'article 1382. L'obligation supposée dans l'article 378 est inscrite dans

(9) Voir del Vecchio : Essai sur les principes généraux du droit, paragraphe 6, p. 185, *Revue critique*, 1925.

(10) Voir Fougerol, *Thèse citée*, p. 215.

un texte, mais elle ne peut être précisée complètement : tout dépendra des nécessités variables de l'ordre public.

Quant au secret des lettres missives, nous pouvons, avec M. Gény, noter qu'il ne s'est pas détaché de la personnalité, de la nature de laquelle il participe, en quelque sorte ; le problème de l'interprétation juridique parviendra-t-il à lui assigner une individualité véritable ? à le configurer à part, comme déjà on a constitué séparément le droit au nom ? Nous pouvons en douter, car, en définitive, il faut d'abord qualifier une lettre de confidentielle. Tous les critères mécaniques ont échoué : il faut donc laisser à la protection de ce besoin d'intimité, la souplesse inhérente à sa nature même.

— Le droit moral, auquel nous arrivons enfin, semble offrir une consistance plus ferme ; nous avons pu dresser une liste des pouvoirs que comporte ce droit : l'auteur a le pouvoir d'exiger l'indication de son nom (droit de paternité), la reproduction de son œuvre doit être fidèle ; la parution du livre ne doit pas être retardée, sans son consentement. Ces obligations corrélatives du droit moral sont beaucoup plus précises que celles de ne pas porter atteinte à l'honneur de son prochain ou de ne pas divulguer les secrets : ce sont des obligations déterminées, non des obligations générales et vagues. On peut donc conclure qu'il existe un droit moral, c'est un droit déterminateur. Peut-être, enfin, sera-t-il consacré par la loi !

178. — Conclusion : droits extrapatrimoniaux et actions extrapatrimoniales.

Nous voici parvenus au terme de cette étude : avons-nous abouti à un système, presque mécanique, permettant l'application d'un critère infaillible ? Non, mais il est moins grave en ces matières d'être banal que d'être intelligible : une apparente profondeur métaphysique est incompatible avec l'objet purement juridique que nous nous sommes proposé.

Toutes les situations juridiques que nous avons groupées dans notre première partie touchent à la personnalité même de l'être humain, il est certain que notre système juridique assure la protection des biens de la personnalité. Nous débarrasser de mots qui illusionnent par leur précision était le but principal de ce chapitre.

Il nous paraît peu scientifique de parler *a priori* de « droits » extrapatrimoniaux (ou de la personnalité), à propos des moyens juridiques mis en œuvre pour assurer la sauvegarde de ces intérêts vitaux. L'étude de la structure même du droit subjectif ne permet pas de dégager un critère applicable en pratique, car il est évident que l'homme a la volonté de protéger ses biens innés en utilisant un procédé juridique ; le critère de l'action, par ailleurs, apparaît lui aussi comme trop large : à chaque action ne correspond pas un droit, ou plutôt il ne correspond parfois que le droit d'utiliser cette action même (c'est ce que nous avons dénommé un droit sanctionnateur).

Il est donc nécessaire de creuser cette notion de droit défini, qui revient souvent sous la plume des grands juriconsultes : un droit peut être défini soit par la loi, soit par le travail créateur de la jurisprudence ; le droit défini permet à son titulaire, avant toute intervention de la justice, d'utiliser un certain pouvoir impliqué dans ce droit ; ce droit, peut-on dire, détermine un statut ; le juge n'aura qu'à vérifier les conditions d'application de ce statut : le droit est dit déterminateur.

Existe-t-il des droits déterminateurs extrapatrimoniaux ? Oui, certains sont prévus par un texte de loi : le droit de réponse par exemple, le droit de légitime défense, bientôt peut-être le droit moral, un jour éventuellement le droit à sa propre image ; d'autres sont supposés par la loi, mais restent assez flous : le droit au secret des lettres par exemple. Le droit au nom, le droit moral, le droit à sa propre image (actuellement), sont des droits qui ont été créés par la jurisprudence.

Le travail de cette dernière consiste principalement à définir les conditions d'application de l'action prévue par l'article 1382 ; à côté des droits déterminateurs, en effet, existent des actions (ou droits sanctionnateurs) extrapatrimoniales : ce sont les actions d'état, ou l'action en réparation.

L'expression de droits extrapatrimoniaux n'est donc pas complète ⁽¹⁾ ; il faut parler des droits et actions extrapatrimoniaux. Ces actions extrapatrimoniales protègent des biens de la personnalité. Nous aurons alors à nous demander s'il peut être intéressant de grouper ainsi les droits et actions ayant pour fondement la protection de la personne humaine.

La conception des droits de la personnalité, par suite de sa malléabilité même, reste impuissante à fournir à elle seule une armature solide ⁽²⁾ ; elle traduit une conception exacte : à savoir le fondement commun de toutes ces situations juridiques.

Peu à peu des droits véritables se détachent de la notion de personnalité ; l'intérêt de cette évolution est de donner une marque plus forte et des contours mieux arrêtés aux moyens de protection des biens de la personnalité. Au surplus le terme d'une évolution qu'il est difficile de tenir pour achevée n'a en soi qu'une importance secondaire ⁽³⁾ ; ce qui paraît capital, c'est de différencier des autres droits ou actions, les droits ou actions non patrimoniaux. Pourvu que le concept de droits extrapatrimoniaux ne soit pas érigé en une vérité objectivement établie, d'où résulteraient impérieusement des conséquences, parfois contraires aux nécessités pratiques, il apparaît précieux : il s'agit en tout cas d'une construction tech-

178. — (1) Comp. Voirin (collection Beudant), tome IV : Les Biens, n° 6, p. 5 : « Ces prérogatives sont vraiment des droits puisqu'elles consistent dans la faculté reconnue et garantie de faire ou d'exiger quelque chose »,

(2) Gény : Des droits sur les lettres missives, tome 2, n° 325, p. 423.

(3) Gény, *op. cit.*, tome I, n° 89, p. 232.

nique (*) dont la valeur dépendra de la façon dont elle saisira les réalités de la vie juridique.

Si nous parvenons à dégager des caractères juridiques communs, nous aurons du même coup démontré l'utilité de cette catégorie juridique : c'est ce que nous allons tenter de faire dans le chapitre 2 de cette partie.

(4) Génv : Science et technique en droit privé positif, tome III, n° 225, p. 232.

CHAPITRE II .

**NATURE JURIDIQUE DES DROITS ET ACTIONS
EXTRAPATRIMONIAUX**

179. — Position du problème. Division.

Nous pouvons maintenant poser avec précision le problème de la nature juridique des droits et actions extra-patrimoniaux :

1° Beaucoup de prétendus droits n'ont en droit positif aucune existence réelle.

Le patrimoine ou la profession, sont des notions juridiques et non pas des droits ; il paraît donc artificiel de déclarer le patrimoine inaliénable entre vifs ou imprescriptible ; on ne transmet pas par succession le patrimoine, mais un ensemble de biens, un actif ou un ensemble de dettes, un passif. Le patrimoine est une situation juridique abstraite ; il se distingue de l'ensemble des biens d'une personne ⁽¹⁾ ; de même on ne cède pas la « profession », on peut seulement renoncer à l'exercice d'un métier déterminé pendant un certain laps de temps et dans un certain rayon d'action : par leur nature même, le patrimoine et la profession sont insusceptibles de conventions ; toute renonciation, cession, transaction à leur sujet est inconcevable.

— L'état, le domicile sont des situations juridiques établies sur des règles légales ; ils ne correspondent pas toujours à l'état naturel ⁽²⁾, à la résidence véritable : l'état d'une personne comprend certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques ; le domicile est un moyen d'individualisation dans l'espace ; on comprend donc qu'il ne faut pas parler d'un droit à l'état ou d'un droit au domicile ; il existe des actions tendant à la constitution, à la destruction, à la déclaration d'un état ou à la détermination d'un domicile.

179. — (1) Voir 1^{re} partie, n° 28.

(2) Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 16, p. 13.

En résumé, il faut distinguer les attributs de la personnalité des droits ou actions. Nous étudierons par exemple le régime des actions d'état et nous constaterons que les règles qui leur sont applicables procèdent toutes de l'indisponibilité de l'état.

Nous repoussons, d'autre part, la notion de droits innés ⁽³⁾, parce qu'elle est trop vague pour présenter, en droit positif, la moindre utilité. La vie, l'honneur, le secret, l'attachement aux souvenirs ou aux tombeaux de famille sont des biens innés, des biens ou intérêts de la personnalité. Notre système juridique assure la garantie de ces biens extrapatrimoniaux, notamment il existe un moyen général de protection : l'action qui tend à réparer l'atteinte portée à l'un de ces biens innés.

Le fait que le dommage ait été causé à un bien extrapatrimonial entraînera-t-il des changements au régime juridique normal de l'action en réparation ? Tel est le problème qui se pose sur ce point.

La distinction des droits détermineurs et des droits sanctionneurs, nous permet donc d'éliminer un certain nombre de controverses inutiles et ainsi d'aborder avec netteté l'étude des caractères juridiques des droits et actions extrapatrimoniaux (section 1).

2° Encore faut-il s'entendre sur la notion d'action ou de droit extrapatrimonial. La sphère de la personnalité et celle de la patrimonialité ne sont pas nettement séparées : l'action d'état, par exemple, a des conséquences patrimoniales aussi bien qu'extrapatrimoniales ⁽⁴⁾. L'action en réparation du dommage extrapatrimonial, causé soit par la violation d'un droit extrapatrimonial déterminateur (le droit moral par exemple), soit par l'atteinte portée à un bien extrapatrimonial (vie, honneur) présente une extrême importance ; on a pu dire à juste raison, spécialement pour les pseudo-droits innés, que la plupart

(3) Voir n° 163.

(4) Pianiol, Ripert et Savatier, tome I, n°s 20 à 22, p. 18 et suiv.

des droits extrapatrimoniaux ne produisent d'effets qu'autant qu'ils ont été lésés par une autre personne ⁽⁵⁾ : ils donnent lieu alors à une réparation pénale et principalement civile, laquelle aboutit fréquemment à faire entrer, dans le patrimoine de la victime du préjudice, une certaine somme d'argent à titre d'indemnité, de dommages-intérêts.

D'autre part, il existe des droits évaluables en argent dont l'exercice met en jeu l'appréciation d'un intérêt moral ; ce sont, avons-nous dit, des droits patrimoniaux attachés à la personne. Il nous paraît opportun, dans ces conditions, de connaître les caractères juridiques des situations mi-patrimoniales, mi-personnelles, afin de savoir si l'élément moral inclus dans certains droits patrimoniaux a quelque incidence sur le régime juridique de ces derniers. Pour cette raison, nous étudierons, en une section 2, les caractères juridiques des droits patrimoniaux à caractère personnel.

SECTION 1

CARACTERES JURIDIQUES DES DROITS ET ACTIONS EXTRAPATRIMONIAUX

180. — Plan.

Le caractère essentiel des droits et actions non patrimoniaux est l'impossibilité de les apprécier en argent : n'étant pas des biens proprement dits, ils ne sauraient admettre une exacte comparaison avec la commune mesure des biens patrimoniaux ⁽¹⁾ ; ces droits et actions inévaluables pécuniairement sont attachés à la personne ; de là vont découler une série de conséquences qu'a notées M. Perreau ⁽²⁾ : incessibilité, imprescriptibilité, intrans-

(5) Planiol, Ripert et Picard, tome III, n° 23, 1°, p. 27.

180. — (1) Perreau, art. cité, p. 515.

(2) Perreau, art. cité, p. 516, 517.

missibilité successorale et inapplication des modes généraux de représentation d'autrui.

Cependant les besoins sociaux ont conduit les juges à limiter dans une plus ou moins large mesure toutes ces conséquences : nous étudierons le régime juridique des droits et actions extrapatrimoniaux tel qu'il est, et non tel qu'il devrait être selon les principes théoriques du droit : peut-être la réglementation renfermera-t-elle beaucoup d'incertitudes, mais nous savons que la logique n'est pas toujours le meilleur moyen de satisfaire aux contingences de la vie ⁽³⁾. Nous ne désespérons pas de dégager, malgré quelques contradictions, certains traits communs aux droits et actions envisagés ; étudions successivement l'incessibilité, l'imprescriptibilité, l'intransmissibilité successorale et l'inapplication de la représentation générale d'autrui, qui nous paraissent être les caractères juridiques théoriques des droits et actions extrapatrimoniaux.

SOUS-SECTION 1

DE L'INCESSIBILITE DES DROITS ET ACTIONS EXTRAPATRIMONIAUX

181. — Terminologie. Plan.

Une remarque préliminaire de terminologie s'impose : on parle assez fréquemment de l'incessibilité des droits non patrimoniaux ; pour sacrifier à cette coutume, nous avons donné cet intitulé à notre sous-section : or l'expression n'est pas d'une précision absolue ; tel droit incessible est peut-être susceptible d'une convention portant renonciation ; malgré son incessibilité une convention reste possible.

L'ordre public est intéressé à tout ce qui touche à la personne humaine ; or le fondement des situations juri-

(3) Perreau, art. cité, p. 535.

diques extrapatrimoniales étant justement la protection de la personne humaine, il faut se demander si des conventions sont possibles, c'est-à-dire si les droits et actions extrapatrimoniaux sont *disponibles*, si la volonté humaine peut façonner leur régime juridique.

« Rigoureusement parlant, les droits de la personnalité, placés hors du commerce, sont incessibles ou d'une façon générale insusceptibles de conventions ou, plus largement encore, hors des atteintes de la volonté humaine. Ceci, c'est de la théorie, mais, en pratique, rien n'eût été plus fâcheux : aussi les tribunaux ont-ils largement atténué cette idée » (1).

Quelle est la portée exacte du principe d'indisponibilité des droits et actions extrapatrimoniaux ? Tel est le problème que nous essayerons de résoudre : en un premier paragraphe, nous examinerons les applications du principe d'indisponibilité ; en un paragraphe 2, les exceptions apportées à ce principe et les causes qui les légitiment.

Paragraphe 1

APPLICATION DU PRINCIPE D'INDISPONIBILITE

182. — Indisponibilité des droits extrapatrimoniaux.

Seuls nous apparaissent comme des droits véritables le droit au nom, le droit de légitime défense, le droit de réponse, le droit moral de l'auteur, les droits de puissance maritale ou paternelle. Ce sont là, avons-nous dit, des droits déterminateurs parce que leur contenu a été précisé soit par la loi, soit par la jurisprudence.

Ces droits sont-ils incessibles, sont-ils indisponibles ?

— Le droit au nom est incessible ; les modes, quels qu'ils soient, de transfert de la propriété : vente, donation,

181. — (1) Berreau, art. cité, p. 517.

lègs, ne s'appliquent jamais au nom ⁽¹⁾. Une cession pour un temps déterminé ne serait pas plus valable qu'une cession perpétuelle ou pour une durée indéterminée ⁽²⁾ ; une cession tacite n'aurait pas plus d'effet qu'une cession expresse ⁽³⁾ ; enfin, s'il prenait fantaisie à quelqu'un de mettre son nom en gage, ce contrat serait nul.

Puisqu'on ne peut céder son nom, l'on ne pourra pas davantage céder les actions qui le garantissent ; le droit au nom étant hors du commerce juridique, n'est pas susceptible d'être l'objet d'une diminution volontaire ; de là résulte la nullité de la promesse de modifier son nom ⁽⁴⁾, de la reconnaissance d'autrui sur un patronymique déterminé ⁽⁵⁾, de l'acquiescement aux décisions judiciaires sur le nom ⁽⁶⁾.

Théoriquement, il semble que le caractère extrapatrimonial du droit au nom s'oppose à la validité de toute espèce de contrat dont il serait l'objet ⁽⁷⁾ ; au contraire, sauf les droits des tiers sur le même nom, la cession d'un nom patronymique devenu nom commercial est libre ⁽⁸⁾.

— Le droit de légitime défense est naturellement incessible ; de même le droit de réponse n'appartient qu'à la personne qui se juge offensée.

— Le droit moral est considéré comme incessible entre vifs : l'auteur, bien qu'ayant cédé son monopole d'exploitation, conserve toujours par devers lui les prérogatives attachées à son droit moral ⁽⁹⁾ ; ainsi l'éditeur ne pourra

132. — (1) Trib. Seine, 7 juillet 1905, *Pand. fr.* 1906.2.30 (v. Perreau : Le droit au nom, p. 142-143).

(2) Poitiers, 12 août 1856, *D. P.* 1857.2.201.

(3) Paris, 20 juillet 1879, *S.* 80.2.203 ; *D. P.* 80.2.102.

(4) Trib. Péronne, 2 avril 1890, *S.* 93.1.24 ; *D. P.* 93.1.245.

(5) Perreau, p. 143, note 6.

(6) Gand, 14 mars 1908, *Pas.* 1908.2.346.

(7) Cf. Demolombe : *Tr. de la paternité et de la filiation*, n° 333, p. 350.

(8) Cf. Planiol, Ripert et Savatier, n° 119, p. 130.

(9) Josserand : *Cours de droit civil positif français*, tome I, 3^e édit. 1938, n° 1528, p. 848. — Voirin : *Les Biens*, n° 163, p. 174, 3^o.

V. Michaelidès-Nouaros, p. 89, n° 49.

V. 1^{re} partie, n° 113.

apporter à l'œuvre aucune modification sans l'assentiment de l'auteur.

— Le droit de garde est indisponible ; le père peut sans doute déléguer à des tiers l'exercice de ses droits, mais toujours d'une manière provisoire et révocable ⁽¹⁰⁾. Il lui est, en principe, interdit de se lier pour l'avenir ; en conséquence :

1° Les clauses d'une libéralité qui imposeraient à un père ou à une mère un mode de garde déterminé ou une religion déterminée pour ses enfants, doivent être considérées comme des conditions illicites et réputées non écrites ⁽¹¹⁾.

2° Les conventions par lesquelles le père confie l'enfant à un éducateur sont, de sa part, révocables *ad nutum*, en ce sens qu'il peut toujours reprendre l'enfant ⁽¹²⁾, sauf à indemniser l'éducateur si le contrat était passé pour un temps déterminé et à titre onéreux et si le mineur est repris sans raison sérieuse.

3° Les conventions passées entre le père et la mère, ou entre les parents et les ascendants, lorsque ces diverses personnes vivent séparées, pour régler les périodes pendant lesquelles elles auront respectivement la garde ou la visite de l'enfant, n'ont qu'une valeur provisoire ; chacune des parties est libre en principe de les révoquer ⁽¹³⁾.

4° Le contrat de mariage ne peut contenir aucune dis-

(10) Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 340, p. 394 et suiv., dont nous nous inspirons directement. — V. Marmion, *Th. citée*, p. 107 et 112.

(11) Orléans, 5 fév. 1870, *D. P.* 70.2.49 ; *S.* 70.2.257 : « Les droits attachés à la puissance paternelle ne peuvent être restreints par conventions ou dispositions privées, notamment le droit d'éducation ». Req., 9 janvier 1872, *S.* 72.1.107 ; Civ., 3 juin 1872, *D. P.* 72.1.241 ; *S.* 72.1.273 ; Paris, 24 juin 1892, *S.* 93.2.228 ; *D. P.* 93.2.81, note de Loynes, p. 81, col. 2 « droit attaché à la personne et intransmissible de sa nature ».

Contra Desserteaux : De la protection des enfants légitimes après le prédécès de leur père ou mère, *Rev. trim. dr. civ.* 1912, p. 31.

(12) Paris, 26 mars 1903, *D.* 1907.2.36 ; Bordeaux, 26 janvier 1913, *S.* 1914.2.79 (sauf application de la loi du 24 juillet 1889, titre II, en cas d'abandon moral) : « tout pacte destiné à supprimer ou restreindre l'exercice des droits de puissance-paternelle est nul ».

position limitant l'exercice de la puissance paternelle (art. 1388 Code civil) : les clauses relatives à l'éducation ou à la religion des enfants à naître sont en conséquence frappées de nullité ; la jurisprudence n'a jamais eu à connaître de telles clauses mais elle a déclaré nulles les promesses verbales ⁽¹⁴⁾.

— De cette indisponibilité du droit de garde, il faut rapprocher celle des droits nés du mariage : c'est ainsi qu'aucune convention entre les époux ne peut établir valablement entre eux une séparation ⁽¹⁵⁾ ; l'article 1388, non modifié par la loi du 18 février 1938, interdit d'autre part de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme ; il ne saurait donc être permis aux futurs époux d'aliéner ou de détruire par convention la prépondérance du mari comme chef de la famille. La jurisprudence annulait, avant la loi de 1938, les sociétés entre époux, parce qu'elle y voyait des conventions établissant une égalité contraire au statut familial ⁽¹⁶⁾. On peut se demander si elle maintiendra dans l'avenir cette prohibition ⁽¹⁷⁾.

(13) Grenoble, 11 août 1854, *S.* 54.2.583 ; *D. P.* 55.2.91 (voir *P.* 92 : « Tout ce qui tient à la puissance paternelle est inaliénable ; il ne dépend pas de la mère de se dessaisir d'aucune partie de ses droits, parce que ces mêmes droits renferment autant de devoirs envers ses enfants »). (V. dans le même sens d'inaliénabilité : Nîmes, 10 juin 1825, *D. P.* 26.2.28 ; Paris, 21 avril 1853, *D. P.* 1854.2.622 ; *S.* 1853.2.297 sur pourvoi Req. 5 mars 1855, *D.* 55.1.341, *S.* 55.1.283 ; Paris, 29 avril 1913, *S.* 1914.2.40.

Comp. Colmar, 29 août 1822, *D. alphab.*, 12735.

(14) Nîmes, 12 mai 1886, *Pand.* 1886.2.252 ; Trib. Marseille, 7 fév. 1891, *Pand.* 92.2.280 ; voir Guillouard : *Contrat de mariage*, I, n^{os} 113-114.

(15) Cf. Planiol, Ripert et Rouast, tome II, n^o 364, p. 286 et références jurisprudentielles. note 1. Sur la séparation de fait et l'opportunité qu'il y aurait à permettre les pactes de séparation amiable, v. Richardot : Les pactes de séparation amiable entre époux, *Th. Dijon*, 1930. Contra : v. Le Picard : La communauté de vie conjugale, *Th. Paris*, 1929 ; Savatier : La convention de séparation amiable entre époux, *Rev. trim. dr. civ.* 1931, p. 535. — La loi du 18 fév. 1938 peut apporter quelques modifications sur ce point.

(16) Cf. Planiol, Ripert et Lepargneur, tome XI, n^o 1003, p. 264, 2^o.

(17) Voir sur cette question : Jean Hémard, Les contrats à titre onéreux entre époux, *Rev. trim. dr. civil* 1938, p. 718 et suiv.

183. — Indisponibilité des actions ayant trait à des biens de la personnalité ou à des situations juridiques non patrimoniales.

A côté des droits extrapatrimoniaux déterminateurs, existent des « biens de la personnalité » : la vie, l'honneur et des attributs juridiques de la personnalité, l'état par exemple.

Les biens ou les attributs de la personnalité n'ont en eux-mêmes aucune valeur patrimoniale ; seules les suites de la violation d'un bien de la personnalité ou les conséquences de la déclaration d'un attribut de la personnalité peuvent être évaluées en argent. Il importe à l'ordre public que les biens de la personnalité soient protégés, sinon la paix sociale pourrait être troublée ; d'autre part, puisque la loi prend en considération certaines qualités pour y attacher des effets juridiques, puisque les attributs de la personnalité sont des situations juridiques légales, l'ordre public est intéressé au respect de ces situations.

Il faut donc nous demander si l'indisponibilité des biens et des attributs de la personnalité entraînent l'indisponibilité des droits sanctionnateurs, c'est-à-dire des actions qui les concernent.

— L'indisponibilité de l'état des personnes commande tout le cours de la procédure des actions d'état et les actes qui peuvent y mettre fin :

1° Dans le cours de la procédure, la loi exige d'abord que toute affaire d'état soit communiquée au ministère public, ceci afin d'empêcher tout accord entre les parties tendant à un jugement convenu qui dissimulerait une convention relative à l'état ; de plus, comme aucune transaction n'est possible, il n'y a pas lieu au préliminaire de conciliation des parties devant le juge de paix (1).

183. — (1) P'aniol, Ripert et Savatier, tome I, n° 25, p. 22 (a). — V. Marmion, *Th. citée*, p. 112-125. — Comp. Req., 3 avril 1935, S. 1935.1.230 (nullité d'une transaction portant sur une question de nationalité).

2° Un procès quelconque peut prendre fin par un acquiescement, un désistement : l'un et l'autre sont impossibles, quand la volonté des parties est impuissante⁽²⁾ ; c'est ainsi que le droit de faire déclarer un état est indisponible⁽³⁾ ; l'acquiescement valant adhésion à un changement d'état⁽⁴⁾ (interdiction, divorce, séparation de corps, déchéance de la puissance paternelle, annulation d'un mariage) est nul, qu'il soit direct ou qu'il résulte d'un désistement d'appel à un jugement prononçant le divorce, la séparation de corps ou de biens, l'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire, la déchéance de la puissance paternelle, l'annulation d'un mariage. La jurisprudence⁽⁵⁾ annule enfin toute adhésion à un jugement rejetant une demande en déchéance de la puissance paternelle, une demande en interdiction, ou en dation de conseil judiciaire.

— Nous avons également à nous préoccuper de l'action en réparation du préjudice causé à un bien de la personnalité : ce droit sanctionnateur, cette action est-elle indisponible ? Nous savons que l'action en réparation d'un préjudice d'ordre patrimonial peut être cédée entre vifs car on ne doit pas refuser à la victime la possibilité de se procurer par la cession de ses droits, des ressources dont elle a un besoin urgent, peut-être même en raison du dommage subi ; l'article 1699 sera d'ailleurs applicable⁽⁶⁾. Cette cession peut-elle se concevoir en matière de préjudice extra-patrimonial ?

Le dommage résultant d'une atteinte portée aux biens de la personnalité consiste dans une douleur intime, rigoureusement personnelle, il ne peut être ressenti par d'autres que par la personne qui l'a éprouvé. Il semble logique, donc, de conclure à l'indisponibilité de ce droit

(2) eod. loc., p. 22 (b).

(3) Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 27, p. 24.

(4) Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 27, p. 25.

(5) Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 27, p. 26.

(6) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 658, p. 890, note 1.

sanctionnateur, lequel a un caractère exclusivement personnel⁽⁷⁾. Notons d'ailleurs que cette cession de l'action en réparation est une hypothèse peu fréquente ; il est plus courant d'envisager le problème de la validité des clauses de non-responsabilité ou de limitation de la responsabilité, passées avant la réalisation d'un dommage.

Paragraphe 2

EXCEPTIONS AU PRINCIPE D'INDISPONIBILITE DES DROITS ET ACTIONS EXTRAPATRIMONIAUX

184. — Plan.

Mis à part le droit de légitime défense, il semble que la nature même des droits extra-patrimoniaux n'interdise pas de concevoir des accords de volonté les concernant : des conventions relatives à ces situations juridiques non patrimoniales sont-elles possibles en fait ? Quelles sont les conditions de leur licéité ? Si elles sont licites, quel est leur régime juridique ? Telles sont les questions que nous étudierons en trois alinéas.

1. — DE L'EXISTENCE DE FAIT DE CONVENTIONS RELATIVES AUX SITUATIONS JURIDIQUES EXTRA-PATRIMONIALES

185. — Des conventions relatives aux droits extrapatrimoniaux.

Constamment interviennent des accords de volonté relatifs aux droits extra-patrimoniaux ; les dérogations au principe de l'exclusion du commerce des droits extra-

(7) Sic, Démogue : *Traité des obligations en général*, tome IV, n° 540 ; Mazeaud, tome II, n° 1919, p. 726 ; Donnedieu de Vabres, n° 1106. Contra : Givord, n° 185, p. 266 (notes).

patrimoniaux peuvent se ramener aux deux catégories suivantes : transactions réalisant une cession restreinte de leur exercice, transactions réalisant une renonciation à la faculté de les faire valoir⁽¹⁾.

— Les tribunaux reconnaissent la validité de tout arrangement volontaire concernant le *droit au nom*, chaque fois que la convention présente les deux caractères suivants : être motivée par des considérations sérieuses, ne pas être contraire aux mœurs ou à la loi. Ces conventions n'ont pas de valeur comme actes juridiques mais on les considérera comme de « *simples faits matériels* d'exercice de leurs droits par les intéressés, faits sur lesquels la bonne foi leur interdit de revenir sans raison grave, quand ils servent de base à la conduite d'autrui »⁽²⁾. Communément, on appelle cependant ces autorisations des cessions de noms ; très nombreuses seront les conventions qui prendront vie par ce détour. Il vous sera permis d'autoriser une personne à employer votre nom comme pseudonyme littéraire⁽³⁾ ou mondain⁽⁴⁾ ; l'autorisation donnée par un particulier à un enfant trouvé de prendre son nom comme patronymique a même été reconnue valable⁽⁵⁾. On validera aussi l'autorisation accordée par vous à un écrivain d'attribuer votre nom à quelque personnage fictif, par exemple un héros de roman ou de théâtre⁽⁶⁾. Il vous sera possible également de renoncer au droit de faire opposition devant le Conseil d'Etat au décret qui autorise une personne à porter votre nom⁽⁷⁾.

Sera valable l'autorisation concédée par une artiste cé-

185. — (1) Cf. M-Nouaros, ouvrage cité, n° 50, p. 90.

(2) Perreau : Le droit au nom, p. 144.

(3) Trib. Seine, 23 janvier 1878, *Ann. prop. industr.* 1878, p. 47 ; Trib. Seine, 1^{er} août 1903, *D. P.* 1904.2.4, note Colin ; Paris, 24 mai 1905, *S.* 1906.2.217.

(4) Paris, 21 janvier 1903, *S.* 1904.2.161 ; *D. P.* 1904.2.1 ; cf. Req., 21 août 1848 ; *D. P.* 1848.1.223.

(5) Poitiers, 28 août 1810, cit. Perreau, *op. cit.*, p. 145, note 2.

(6) Trib. Seine, 11 nov. 1902, *Pand.* 1903.4.43.

(7) C. d'Etat, 26 juin 1822, cité par Perreau, *op. cit.*, p. 145, note 4.

lèbre à un industriel de donner son nom à des produits pour leur servir de réclame en les plaçant sous son patronage⁽⁸⁾ ou l'autorisation donnée par un particulier d'employer son nom comme nom commercial⁽⁹⁾ ou comme marque de fabrique⁽¹⁰⁾.

Peut-on valablement s'obliger à changer de nom ? Ces engagements se rencontrent rarement aujourd'hui, ils ont eu, au contraire, une certaine importance en droit coutumier⁽¹¹⁾ ; les stipulations de ce genre semblent licites si elles émanent d'un parent, d'un allié ou d'un ami qui vous donne un vif témoignage d'affection en vous léguant toute sa fortune : la jurisprudence admet que le promettant ne pourra pas se dégager de l'obligation qui lui a été imposée⁽¹²⁾ ; généralisant cette idée, nous dirons que toute stipulation reposant sur des raisons légitimes devra être validée, par exemple l'engagement d'un auteur d'abandonner le pseudonyme sous lequel il est connu, envers la personne dont il serait le patronymique⁽¹³⁾, ou encore l'engagement d'une personne envers une autre, son homonyme, de joindre à leur commun patronymique un nom additionnel distinctif⁽¹⁴⁾.

Serait dépourvue de valeur une convention poursuivant un but contraire aux mœurs ou aux lois : on ne peut autoriser autrui à s'approprier prénom ou titre car la loi

(8) Trib. civ. Seine, 8 juin 1886, et Paris, 18 avril 1888, *Ann. prop. ind.*, 1894, p. 349.

(9) Bruxelles, 3 juin 1906, *Ann. prop. ind.*, 1907.2.8. — Cass., 5 juillet 1897, *S.* 98.1.228 ; un titre de noblesse ne peut être concédé à titre de nom commercial : v. aff. du duc de Montebello, chron. Gaudemet, *Rev. trim.* 1928, p. 405, n° 1.

(10) Trib. Seine, 19 nov. 1900, *Pand. fr.* 1902.2.64 ; Bruxelles, 6 janv. 1887, *Prop. ind.* 1888, p. 6.

(11) Perreau, *op. cit.*, p. 153 à 156.

(12) Cass. 16 nov. 1824, *S.* 1825.1.148 ; Cass. 4 juillet 1936, *S.* 36.1.642 ; Cass. 21 août 1848, *D. P.* 48.1.223.

(13) Trib. Seine, 23 janv. 1878, *Ann. prop. ind.* 1878, p. 47.

Comparer l'arrêt Pierre Maël, Paris, 23 mai 1924, *Rev. trim.* 1924, p. 981, n° 2, *S.* 1928.2.113, note Perreau ; *D. P.* 1925.2.9., note Savatier : il s'agissait d'une convention relative à un pseudonyme.

(14) Civ., 10 nov. 1902, *S.* 1903.1.505 ; *D. P.* 1904.1.85 ; — Trib. Seine, 25 fév. 1885, *Ann. prop. ind.* 1888, p. 277.

n'ouvre aucun mode volontaire de les acquérir⁽¹⁵⁾ ; le cessionnaire ne pourrait insérer le nouveau nom, même avec le consentement du cédant, dans des actes officiels avant d'avoir obtenu l'autorisation par décret et ceci pour une raison simple : on ne peut changer de nom *ad libitum* sans léser l'intérêt des tiers⁽¹⁶⁾. En cédant à son successeur son nom comme raison de commerce, un commerçant ne l'autorise pas valablement à s'en servir comme signature pour la désignation de sa propre personne⁽¹⁷⁾. L'autorisation que vous avez accordée de porter votre nom doit être exempte de fraude, elle ne doit pas permettre à un commerçant de tromper sur son individualité (sinon, afin de détourner la clientèle d'un de ses concurrents, un commerçant emprunterait le nom d'un homonyme)⁽¹⁸⁾.

— Peut-on renoncer au *droit de défendre son honneur* ? On peut certes renoncer au moyen de défense que constitue le droit de réponse⁽¹⁹⁾ ; l'insertion de la réponse est parfois refusée sous le prétexte que l'offensé a renoncé expressément ou tacitement à l'exercice de son droit de réponse⁽²⁰⁾. Il serait certainement illicite au contraire de renoncer à la faculté de défendre son honneur, même si la renonciation avait lieu après l'accomplissement des actes qui y portaient atteinte⁽²¹⁾, on peut seulement renoncer à tel ou tel moyen particulier de défense.

— Le *droit à sa propre image* est-il indisponible ? Le modèle de profession met ses services à la disposition

(15) Perreau, *op. cit.*, p. 145.

(16) Trib. Seine, 12 mars 1896, *La Loi*, 1896, p. 571.

(17) Bruxelles, 30 déc. 1893, *Ann. prop. ind.*, 1894, p. 355.

(18) Paris 19 mai 1865, *D. P.* 1866.2.134 ; *S.* 1865.2.158 ; Req., 22 mars 1877, *S.* 1877.1.263 ; Paris, 27 déc. 1893, *D. P.* 94.2.96 ; *S.* 95.2.146 ; Req., 18 mars 1895 ; *S.* 95.1.319 ; *D. P.* 95.1.152 ; Paris, 16 mai 1895, *Ann. prop. ind.*, 96, p. 272 ; Trib. Reims, 18 mai 1906, *Ann.* 1908.1. p. 55 ; Trib. Reims, 9 avril 1907, *La Loi*, 19-21 sept. 1907 ; Rouen, 15 mai 1908, *Gaz. Pal.* 1908.2.43.

(19) Orléans, 15 déc. 1913, *Gaz. Pal.* 1914.1.283 ; Demogue, II, n° 811.

(20) Crim., 29 juin 1900, *D. P.* 1902.1.525 (motifs) ; Paris, 24 nov. 1922, *D. P.* 1922.2.129 (motifs).

(21) En ce sens, Esmein, tome VI, n° 242, p. 328.

du peintre, il est rétribué pour ses fonctions, il aliène *ipso facto* le droit de reproduire ses traits, le peintre reste maître de son œuvre, sauf à répondre de tout emploi abusif ⁽²²⁾.

— Nous savons, d'autre part, que certains jurisconsultes ont utilisé l'idée d'un contrat tacite comme mode d'explication du *secret* des lettres missives ou du *secret professionnel* : les auteurs qui acceptent cette théorie sont obligés d'admettre qu'une renonciation au secret est possible de la part de l'intéressé ⁽²³⁾.

— Le *droit moral* est en principe indisponible. Cependant la cession du monopole d'exploitation entraîne certainement une entrave à l'exercice du droit moral ; les conventions doivent être exercées de bonne foi ; il serait inadmissible que l'auteur nuisît au succès de librairie, en désavouant publiquement son œuvre, quelques mois seulement après son lancement, il convient d'appliquer la théorie de l'abus des droits : il n'y a pas là, peut-on dire, une renonciation au droit moral, mais une limitation à son exercice injustifié ⁽²⁴⁾.

D'autre part, des modifications à l'œuvre peuvent être autorisées par la commune intention des parties contractantes ⁽²⁵⁾ : la jurisprudence et la doctrine françaises ne sont en général pas hostiles à la cession par contrat de l'exercice du droit de modification de l'œuvre ⁽²⁶⁾ ; cette dérogation au principe d'incessibilité a été notam-

(22) Voir Fougerol, *Th. citée*, p. 79. — Ainsi les tribunaux valident le contrat par lequel le consentement de la personne représentée est donné moyennant un avantage équivalent et la jurisprudence a même décidé qu'un modèle ne peut retirer le consentement tacite de la reproduction et vulgarisation de l'œuvre qui le représente : Rennes, 23 nov. 1903, *D. P.* 1905.2.69, alors que l'autorisation donnée par une personne quelconque est révocable à toute époque : Paris, 8 juillet 1887, *Pat.* 1888.287 ; cf. note A. Vaunois, sous *Trib. civ. Seine*, 20 juin 1884, *Dumas c. Jacquet Pat.* 1888.281.

(23) Voir I^{re} Partie, n° 91.

(24) Voir Voirin : *Les Biens*, n° 164, p. 177.

(25) Cf. J. Rault : *Le contrat d'édition en droit français*, p. 364 et suiv.

(26) *Cons. M-Nouaros*, n° 52, p. 95, notes 3 et 4, références.

ment développée à propos des œuvres destinées à l'enseignement ; les effets de cette cession peuvent être résumés ainsi ⁽²⁷⁾ : la cession ne peut jamais permettre des actes contraires à la dignité de l'auteur ; la cession du droit de modifier ne dépouille pas l'auteur sauf convention contraire du droit d'y faire lui-même des modifications.

Une renonciation à la faculté de faire valoir son droit au respect est licite et valable ; la Cour de Paris a déclaré qu'une renonciation au droit moral était possible si elle était formulée en termes explicites ⁽²⁸⁾.

La question de savoir si l'auteur peut céder son droit à la paternité de l'œuvre est une des plus difficiles dans la matière du droit moral. La jurisprudence admet les contrats dits de commande par lesquels une personne confie à un auteur la création d'une œuvre littéraire ou artistique sous la condition que celle-ci sera présentée au public sous le nom de l'auteur de la commande. En pratique, les rédacteurs de journaux, les employés des personnes morales ⁽²⁹⁾ renoncent parfois au droit à la paternité de leur création au profit de leur employeur ⁽³⁰⁾.

— De même que le droit de paternité sur l'œuvre, le *droit de garde* est indisponible ; cependant le père peut déléguer à des tiers l'exercice de ses droits d'une manière provisoire tout au moins ; les conventions passées entre le père et la mère sont révocables mais le désaccord est alors porté devant les tribunaux, lesquels peuvent décider que les termes de la convention resteront en vigueur : la répartition contractuelle de la garde de l'enfant cessera, dit-on, de se fonder sur la convention,

(27) M-Nouaros, n° 53, p. 96.

(28) Paris, 12 mars 1936, *D. H.* 1936.256 ; *Ann. prop. ind.* 1937, p. 240, art. 7476.

(29) Cons. M-Nouaros, n° 56, p. 100, note 3 ; note Claro, *D. P.* 1907.2.297 sous Trib. civ. Nantes, 23 mars 1905, aff. Delahaye.

(30) Cons. M-Nouaros, n°s 56 et 57, p. 100 et suiv. ; à propos des brevets d'invention, v. Aimé Porte, *Thèse citée Lyon*, 1937.

elle trouvera son unique point d'appui dans la décision judiciaire intervenue⁽³¹⁾ ; cette remarque est juste mais il nous faut constater que si ces conventions sont dépourvues de valeur comme contrats, « elles ont tout au moins l'autorité d'un fait matériel librement posé par son auteur et sur lequel il ne lui est pas loisible de revenir sans motif grave »⁽³²⁾.

Le contrat de mariage ne peut contenir aucune disposition limitant l'exercice de la puissance paternelle, les promesses verbales ont été déclarées nulles par la jurisprudence mais l'inexécution par le père des clauses de son contrat de mariage relatives à l'éducation religieuse des enfants, sans l'avis de la mère, pourrait selon les circonstances être considérée comme une injure grave motivant le divorce ou la séparation de corps⁽³³⁾ ; de même on a jugé suffisant pour motiver le divorce ou la séparation, le refus par l'un des époux d'exécuter la promesse qu'il avait faite à l'autre de laisser célébrer religieusement leur union⁽³⁴⁾.

Un cas de transfert de la puissance paternelle est prévue par la loi du 24 juillet 1889, dans son titre 2 (art. 17 et 18) : « Une convention intervient entre les parents et l'Administration de l'Assistance publique, convention qui détermine l'étendue de la délégation consentie et qui doit être sanctionnée par une décision de justice ; en réalité, l'enfant sera ordinairement confié par le tribunal à un établissement ou à un particulier, l'Assistance publique ne conservant qu'un pouvoir éminent qui se traduit par une surveillance confiée au préfet ; les parents qui ont consenti la délégation peuvent, de trois en trois ans, pré-

(31) Savatier, tome I, n° 340, p. 395-396 (c).

(32) Perreau, art. cité, *Rev. trim.* 1909, p. 519.

(33) Nîmes, 12 mai 1886, *Pand. fr.* 1886.2.292. Voir contra Cass., 30 nov. 1898, *S.* 1902.1.492 et 19 juin 1898, *S.* 1902.1.525.

(34) Bruxelles, 17 juillet 1889, *S.* 90.4.28 ; Angers, 29 janv. 1859, *D. P.* 60.2.96.

Sur la valeur des arrangements relatifs à la puissance paternelle, voir la note de M. Huguency, *S.* 1914.1.209, sous Paris, 8 février 1912.

senter une requête au tribunal en vue d'être réintégrés dans leurs droits (art. 21). Le transfert revêt en définitive un caractère judiciaire car la puissance paternelle n'est pas cessible par simple convention privée » ⁽³⁵⁾.

186. — Des atténuations apportées au principe de l'indisponibilité des actions extrapatrimoniales.

— L'état, le domicile sont des attributs juridiques de la personnalité : lorsqu'on parle de l'indisponibilité de l'état, on veut dire qu'en principe la volonté humaine ne peut méconnaître cet état ; est-il possible cependant d'arriver à modifier l'état des personnes, grâce à l'application de certaines règles juridiques et la volonté humaine a-t-elle, en fait, un certain rôle à jouer ?

— C'est l'indisponibilité de l'état qui influence la procédure des actions d'état ; or cette indisponibilité n'est pas absolue, l'état se fonde tantôt sur un fait matériel, tantôt sur un jugement, tantôt sur une émission de volonté ⁽¹⁾ ; suivant l'origine de l'état, la volonté sera plus ou moins puissante : si les faits sur lesquels se fonde l'état sont du domaine de la volonté humaine, celle-ci pourra les modifier et par suite modifier l'état de l'intéressé, ainsi en est-il pour le domicile ; certains jugements sont constitutifs d'état : la loi subordonne le changement d'état à une demande, acte de volonté libre ; dans certains cas, enfin, l'état prend sa source dans la volonté humaine, il en est ainsi pour l'état qui résulte de la conclusion du mariage ; la loi donne même à cette volonté le pouvoir de suppléer à la réalité ⁽²⁾ : tel est le cas de l'adoption ou de la légitimation, fictions volontaires de filiations légitimes.

La volonté arrive donc à modifier l'état par l'application des règles juridiques, sans jamais se permettre une

(35) Jossierand, tome I, n° 1136, p. 627 et 628.

186. — (1) Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 19, p. 15.

(2) Eod. loc., p. 17.

méconnaissance de celui-ci ; dans certains cas cependant, la renonciation volontaire à l'exercice d'une action d'état arrive indirectement à une méconnaissance définitive de l'état d'une personne : il en est ainsi quand les héritiers auxquels la loi permet d'intenter dans un *intérêt purement pécuniaire* une action en désaveu de paternité ou en réclamation d'état, renoncent à faire la preuve de l'état litigieux ; on pourrait citer encore la confirmation couvrant l'action en nullité de mariage en tant que l'annulation d'un mariage vaut reconnaissance de l'état antérieur de célibataire⁽³⁾.

L'indisponibilité des droits et obligations extra-patrimoniaux, dérivant de l'état participent de l'indisponibilité de ce dernier mais nous savons déjà que des conventions peuvent intervenir relativement à ces droits.

L'acquiescement et le désistement, impossibles théoriquement en matière d'actions d'état, ne sont pas toujours interdits : le désistement d'instance est certainement valable malgré l'indisponibilité de l'état, puisqu'il n'a pour effet que d'arrêter l'action sans rien changer à la situation des plaideurs, la loi elle-même s'efforce de provoquer le désistement d'une action d'état particulière, l'action en divorce, en la soumettant d'abord à une tentative de conciliation devant le président du tribunal et non devant le juge de paix, puis en permettant au juge de suspendre la marche de la procédure, dans l'espoir d'une réconciliation⁽⁴⁾.

— Le corps humain, l'intégrité corporelle, la vie, l'honneur sont des biens extra-patrimoniaux, naturellement indisponibles. Nous avons repoussé la conception des droits innés : il nous semble inexact, par exemple, de parler d'une renonciation au « droit à l'intégrité corporelle », lorsqu'un malade consent à se laisser opérer par son chirurgien.

(3) Planiol, Ripert et Savatier, n° 16, p. 14.

(4) Savatier, n° 25, p. 22.

Peut-on concevoir l'existence de conventions concernant les biens innés ? Une délimitation s'impose ; que faut-il entendre par conventions relatives aux biens innés ? Si l'on comprend largement l'expression, en l'assimilant à celles de conventions intéressant les biens innés, c'est tout le droit des contrats qu'il faudra prendre en considération⁽⁵⁾ : toutes les conventions possibles, de près ou de loin, intéressent la personne humaine, donc les biens innés, parce que toutes ont pour but final la réalisation de besoins humains. De même, il serait exact de prétendre que tout droit est personnel ou attaché à la personne, aussi bien le droit réel sur un immeuble que le droit de l'artiste sur sa conception exprimée : le caractère personnel qui appartient à tout droit n'a pas en principe d'effet spécial sur le régime juridique de ce droit⁽⁶⁾. Si nous prenons l'exemple des conventions relatives à la personne physique⁽⁷⁾, constitueraient des conventions de cette sorte, selon l'interprétation extensive, « tous les accords de volonté d'où naissent des obligations d'accomplir des actes matériels, d'exercer des activités dont le corps humain est nécessairement l'instrument, tous les louages de services, presque tous les louages d'ouvrage, contrats de transport, d'hôtellerie, accès à des jeux forains, location de spectacles pour un théâtre, mieux même des conventions de caractère purement patrimonial, comme la vente, dont l'exécution défectueuse peut avoir des conséquences pour l'intégrité corporelle d'un contractant ou d'un tiers, par exemple vente d'un immeuble atteint d'un vice de construction et qui, en s'écroulant, ensevelit ses occupants, vente chez un commerçant d'alimentation ou au restaurant de denrées altérées

(5) A. Jack : Des conv. relatives à la pers. physique, *Rev. crit.*, 1933, p. 368, n° 3.

(6) Bérard, *Thèse*, p. 180.

(7) Nous avons repoussé plus haut la théorie expliquant le secret des lettres missives par un contrat tacite entre l'expéditeur et le destinataire. Il paraît difficile, d'autre part, d'imaginer des conventions relatives à l'honneur ou à la considération.

occasionnant la maladie et peut-être la mort de ceux qui les consomment. Il faudrait encore ajouter les conventions portant sur les cadavres, les contrats relatifs aux funérailles, l'achat de squelettes dans un but pédagogique⁽⁸⁾. Une telle extension est inutile, parce qu'il n'est pas possible d'aboutir à un résultat positif en envisageant à la fois tant de contrats dissemblables, elle est incorrecte parce que, pour établir une classification de conventions, il ne faut tenir compte que des éléments essentiels, non des suites que peut entraîner plus ou moins directement leur exécution défectueuse.

Il faut donc entendre *stricto sensu* l'expression de conventions relatives à la personne physique : ne seront considérées comme telles que « les conventions dans lesquelles l'objet d'une au moins des obligations stipulées concerne expressément la personne physique, soit qu'il s'agisse d'une prestation matérielle à accomplir sur le corps du co-contractant (soins médicaux, boxe), soit qu'un aspect d'une personne physique soit pris comme élément de cette obligation (reproduction photographique), soit enfin, alors même que les obligations issues de la convention ne concernent pas directement une personne physique, quand l'exécution de ces obligations présente un risque plus grave qu'à l'ordinaire quant à l'intégrité corporelle d'un contractant et tel que les parties ont dû nécessairement envisager l'accident probable lors de leur accord (contrats de travail exceptionnellement dangereux, peut-être même conventions d'irresponsabilité en matière d'accidents de personnes avec leur diminutif discuté qu'est l'acceptation des risques) »⁽⁹⁾.

Les décisions de jurisprudence n'ont jamais envisagé directement le problème d'un régime particulier qui serait propre aux conventions relatives aux situations juridiques extra-patrimoniales car la jurisprudence ne considère en général que les difficultés issues de telles con-

(8) A. Jack, p. 367, n° 3.

(9) A. Jack, p. 368.

ventions du point de vue de la responsabilité ; c'est une fois la prestation relative à la personne physique exécutée et mal exécutée, à la suite d'un dommage corporel subi par lui qu'un plaideur vient demander à l'auteur de ce préjudice des dommages-intérêts⁽¹⁰⁾ : la convention se trouve alors absorbée dans le problème de responsabilité.

Mais inversement, on a vu les interprètes dans le but de permettre certaines solutions, découvrir ou supposer dans des contrats portant sur des objets divers une obligation dite de sécurité⁽¹¹⁾ : pour obvier à ces obligations nouvelles, se sont alors développées des conventions d'irresponsabilité sur lesquelles la jurisprudence a eu à prendre parti. Ce problème des conventions d'irresponsabilité s'intègre dans la question plus générale de la valeur du consentement de la victime et de l'influence de ce consentement sur la responsabilité pénale et civile de l'auteur du dommage. Le consentement de la victime

(10) A. Jack, p. 380-381, n° 11.

(11) Sur l'obligation de sécurité en général, voir Brun, *Thèse Lyon* 1931 ; Brouillonet : Des contrats comportant une dette de sécurité, *Th. Montpellier* 1934 ; J. Aigon : Des conventions relatives à la responsabilité des accidents corporels, *Th. Toulouse* 1935, p. 91 et suiv. ; Mircea Mioco : La sécurité de la personne physique et la responsabilité contractuelle, *Th. Paris* 1938. — Cons. H. et L. Mazeaud, tome I, 3^e édition 1938, n° 151 et suiv. ; G. Ripert : Le régime démocratique, n° 170, p. 334 et suiv. ; Josserand : Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *Rev. trim.* 1937, n° 11, p. 13 ; sur l'abus des fictions, en ce qui concerne cette obligation de sécurité, voir note Rouast, *D. P.* 1922.2.25. Sur l'obligation de sécurité du tenancier de jeux forains, cf. Buisson. L'industriel forain, *Th. Lyon* 1937, p. 228 ; Louis Gardenet : La responsabilité des exploitants de jeux forains, *Semaine juridique* 1938, f. jaune 69 ; voir Trib. civil Seine, 28 oct. 1938, *Gaz. Pal.* 1938.2.926 (propriétaire d'une piste de glace) ; sur la responsabilité de l'exploitant d'une piscine, voir Trib. comm. Seine, 5 janvier 1938, *Gaz. Trib.*, 21 mai 1938 ; Douai, 2 mai 1938, *Gaz. Pal.* 1939.1. Somm. 19 ; Colmar, 8 nov. 1938, *D. H.* 1939.43 ; sur la responsabilité d'un entrepreneur de spectacles, cf. Trib. comm. Seine, 3 oct. 1938, *Gaz. Pal.*, 6 janv. 1938 ; sur la responsabilité de l'hôtelier, voir la *Thèse* de M. Roger Gajac, Paris 1936, p. 42, la chronique de M. Mazeaud, *Rev. trim.* 1938, p. 457. n° 4, à propos de l'arrêt de la Ch. Civ. du 14 mars 1938 ; Douai, 13 juin 1938, *Gaz. Pal.* 1939.1. Somm. 19, Colmar, 2 déc. 1938, *Gaz. Pal.* 1939.1.171 ; sur la responsabilité de l'organisateur d'une course d'automobiles, voir la note de M. Jean Loup, *D. P.* 1938.2.68 sous Orléans, 19 avril 1937.

a-t-il notamment une incidence sur l'action en réparation du dommage causé à un bien de la personnalité ?

187. — Suite. Influence du consentement de la victime d'un dommage causé à un bien de la personnalité sur la responsabilité pénale et civile de l'auteur du dommage.

Le consentement de la victime laisse certainement subsister la responsabilité pénale ; cette règle gouverne les attentats à la vie humaine et à l'intégrité corporelle : la culpabilité ne saurait disparaître du fait que la victime est consentante ; on fera application de cette idée en matière d'homicide sur demande et de complicité de suicide, de duel, de blessures occasionnées par les sports et d'opérations chirurgicales. Le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif, la seule raison qui explique l'impunité du boxeur ou du chirurgien c'est qu'il existe en leur faveur une autorisation de la loi⁽¹⁾.

— En matière de responsabilité civile, la victime d'un dommage causé (par hypothèse à un bien extra-patrimonial) peut par une convention postérieure à l'acte dommageable, renoncer à son droit de poursuivre l'auteur présumé du dommage. En échange d'un engagement pris par le responsable, la victime abandonne le droit qu'elle

187. — (1) Sic Garraud et Laborde-Lacoste : Le rôle de la volonté du médecin et du patient, E. de Boccard, édit., 1927, n° 51, p. 72 et note 1 (références) ; Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, n° 412, p. 248 ; René Savatier : L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contrattuale. Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, *Dalloz* 1939, p. 743, n° 14.

Voir surtout la note de M. Desbois, *D. P.* 1936.2.9, sous Trib. civ. Seine, 16 mai 1935.

Voir à propos de l'homicide sur demande et de la complicité de suicide, J. Tisserand : La répression du suicide, *Thèse Nancy* 1935, p. 178 ; à propos des sports, Garraud : Les sports et le droit pénal, *Rev. internationale de droit pénal*, 1924, n°s 14 et 15 ; sur le duel Masson : Le duel et la loi pénale, *Th. Dijon* 1930 ; sur la responsabilité médicale, l'art. précité de MM. Garraud et LL. et l'art. Donnedieu de Vabres, Duvoir et Desoille, *Annales de médecine légale*, mai 1931 ; Karl Röttgen : Der Eingriff des Arztes ohne oder wider Willen des Patienten. I. D. Köln, 1937.

pouvait exercer contre lui : cette transaction est valable en principe, à moins qu'elle ne se heurte à une disposition d'ordre public ⁽²⁾. Mais si des tractations de cette sorte, prévues d'ailleurs par l'article 2046 du Code civil, peuvent intervenir après coup, une fois le délit commis, peut-on les admettre antérieurement au fait illicite ?

Si en ce qui concerne les dommages causés aux biens, rien ne s'oppose à une renonciation anticipée, on ne saurait, semble-t-il, inclure dans le domaine contractuel la réparation des dommages touchant à l'intégrité de notre personne : le contraire serait immoral et antijuridique, si l'on admet que l'intégrité de la personne physique est au-dessus des volontés privées.

Ce postulat n'est plus vrai de nos jour ; le législateur et la jurisprudence le mettent à mal d'un commun accord : le législateur avec la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne, laquelle permet au transporteur de s'exonérer vis-à-vis des voyageurs, à raison des accidents causés par les risques de l'air ou par les fautes des personnes préposées à la conduite de l'aéronef ; si la jurisprudence, d'autre part, annule les clauses de non-responsabilité ou de responsabilité atténuée ou abrégée, en matière de responsabilité délictuelle, elle valide cependant les clauses de non-responsabilité contractuelle, en ce qui concerne les transports maritimes de passagers. De plus, par une analyse de la volonté des parties, elle déclare parfois que l'une d'elles a entendu accepter les risques nés de la situation contractuelle, l'acceptation des risques devenant alors un diminutif discuté des clauses d'irresponsabilité ⁽³⁾.

(2) Cf. Mazeaud, tome II, 2^e édition, n° 2112, p. 154 ; Bez de Villars : De la transaction comme mode de règlement des accidents corporels, *Th. Aix*, 1937.

(3) Cf. P.-J. Durand : Des conventions d'irresponsabilité, *Th. Paris*, 1931 ; J. Aigon, *thèse citée* ; H. et L. Mazeaud, tome II, n°s 1475 et suiv. (effets produits par le fait de la victime sur la responsabilité, v. n° 1486, l'acceptation des risques) et tome III, n° 2513, p. 532, les conventions de responsabilité.

Quels sont alors les effets du consentement tacite de la victime ? le problème se pose de la manière suivante :

1° Aucune présomption de responsabilité n'est invoquée ; trois ordres de questions doivent être résolus :

— Le consentement de la victime peut-il s'analyser en une convention de non-responsabilité ? cette convention en ce qui concerne les dommages aux personnes serait nulle, mais pour la jurisprudence, en matière délictuelle seulement.

— le consentement de la victime supprime-t-il le caractère fautif du fait du défendeur ? s'il en est ainsi, le défendeur n'ayant commis aucune faute, ne pourra pas être condamné. Il faut se demander si un homme avisé aurait, même avec le consentement de la victime, accompli tel ou tel acte. Ce qui est une imprudence vis-à-vis d'une personne quelconque demeure une imprudence vis-à-vis de celui qui consent à sa réalisation ⁽⁴⁾ : ce principe est d'application courante en matière médicale ⁽⁵⁾ ; cependant le séducteur ⁽⁶⁾ n'est condamné que s'il a usé de manœuvres frauduleuses, l'homme fausse alors complètement le jugement de la victime mais le fait du séducteur est exempt de faute (juridique) si la femme s'est librement donnée ; cependant, ce n'est pas sur le consentement de la victime que les tribunaux s'appuient pour justifier la différence qu'ils établissent entre les deux situations, ils décident simplement, selon une conception « masculine », que le fait d'avoir des relations avec une femme n'est pas en lui-même une faute, à moins que l'on puisse déceler une manœuvre frauduleuse.

— le consentement de la victime ne change donc pas la qualification du fait du défendeur. A-t-il, en tant que

(4) H. et L. Mazeaud, tome 2, n° 1492, p. 383.

(5) H. et L. Mazeaud, tome II, n° 1493, p. 383 et notes.

(6) H. et L. Mazeaud, tome II, n° 1494, p. 384.

Voir, à propos des sports, Knefeli : Die Haftung bei Sportverletzungen. I. D. Iena, 1937 ; Günther Sunderdick : Das Disziplinarstrafrecht des Sports. I. D. Iena, 1937 ; Marie-Rose Musset : La respons. sportive et le règlement de jeu, *Th. Lyon*, 1938, p. 106.

faute de la victime, une incidence sur la responsabilité ? Si la victime a voulu le dommage, son fait peut être considéré comme la seule cause de ce dommage, il absorbe la faute du défendeur, de telle sorte que ce dernier se trouve entièrement exonéré. Qu'arrive-t-il si la victime, sans vouloir le dommage, y a consenti, en a accepté les risques ? Il nous semble que la faute du défendeur conserve son autonomie, il ne peut pas être question d'une exonération totale du défendeur. Du moins y a-t-il lieu à une exonération partielle, à un partage de responsabilités ? Dans un cas, il est certain que la responsabilité du défendeur reste entière : la victime bien qu'ayant accepté les risques, n'a commis aucune faute ; il s'agit des personnes qui par dévouement s'exposent à un danger ('). Dans les autres espèces, les arrêts tantôt condamnent le défendeur à une réparation intégrale, tantôt l'exonèrent partiellement : il y a là une question de fait, il s'agit de savoir si la victime en consentant au dommage, en acceptant les risques, a commis une faute. Ainsi le simple consentement de la victime, s'il est fautif, peut entraîner un partage de responsabilités.

2° Une présomption de responsabilité est invoquée : l'acceptation des risques est-elle une raison suffisante pour écarter par exemple l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er} ?

— lorsque le fait d'avoir accepté les risques constitue une faute à la charge de la victime, cette faute, si l'on applique l'article 1384, 1°, fera échec à la présomption de responsabilité édictée par ce texte : le gardien peut en effet se libérer totalement ou partiellement en prouvant la faute de la victime. L'acceptation des risques peut donc avoir une incidence sur la responsabilité lorsqu'elle constitue une faute.

Peut-on dire, dans le cas où la victime n'a pas commis de faute, que l'acceptation des risques constitue une con-

(7) H. et L. Mazeaud, tome II, n° 1499, p. 388 et suiv.

vention de responsabilité ? la victime entend-elle se placer sous l'empire du droit commun et décharger ainsi le gardien de la responsabilité aggravée qui pèse sur lui en vertu de l'article 1384, 1^o ? M. Esmein ⁽⁸⁾ croit qu'il est possible d'admettre la faculté d'exclure par convention, même tacite, les présomptions de faute : l'acceptation des risques peut donc constituer une clause de non-responsabilité, avec l'effet d'exclure les présomptions de faute et de responsabilité. Certes, dit-il, la victime d'un accident ne peut renoncer d'avance à demander la réparation de dommages résultant d'une faute délictuelle, mais les arrêts cités ⁽⁹⁾ signifient seulement qu'on ne peut se décharger par avance de la responsabilité du dommage causé par une faute prouvée : il n'est pas possible de les interpréter comme entendant décider que les présomptions de faute ou de responsabilité ne peuvent être écartées par convention en matière délictuelle. La jurisprudence sur la responsabilité des accidents survenus au cours d'un transport gratuit ⁽¹⁰⁾ implique au contraire que ces présomptions ne sont pas des règles de caractère primordial, intangible, puisque cette jurisprudence elle-même les exclut dans certains cas ⁽¹¹⁾.

Cette revue rapide de solutions classiques nous montre qu'il n'est pas possible de faire jouer la maxime *volenti non fit injuria*, cependant il serait inexact d'affirmer que le consentement de la victime est sans influence sur la responsabilité du défendeur ; expressément ou implicitement, existent donc des accords de volontés touchant indirectement à ce bien inné essentiel : l'intégrité corporelle.

(8) P. Esmein : De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident, *Rev. trim.* 1938, p. 387 et suiv.

(9) Civ., 4 janv. 1933, *Gaz. Pal.* 1933.1.587 ; 21 mars 1933, *S.* 1933.1.232 ; 18 juillet 1934, *D. P.* 1935.1.38.

(10) Civ., 27 mars 1928, *S.* 1928.1.353, note Gény ; *D. P.* 1928.1.145, note Ripert.

(11) Contra : voir H. et L. Mazeaud, chronique, *Rev. trim.* 1938, p. 465 et 466 (n^o 16) critiquant l'arrêt de Paris, 17 mars 1938, *Gaz. Trib.*, 26 mai 1938.

Certaines de ces conventions relatives à la responsabilité des accidents corporels tendent à assurer l'application des règles de la responsabilité ; en incorporant dans le contrat une obligation de sécurité, notre jurisprudence poursuit un but fort louable : elle place la victime dans une situation aussi avantageuse que possible mais d'autres conventions éliminent plus ou moins complètement les règles de la responsabilité. En répudiant le principe, suivant lequel il ne dépend pas de nous de renoncer à l'avance aux moyens de droit mis à notre disposition par le législateur en vue de la réparation des dommages corporels, la jurisprudence porte donc une atteinte au dogme qui place la personne humaine en dehors du commerce juridique ⁽¹²⁾.

D'autres biens innés que la vie sont susceptibles de conventions : c'est ainsi que l'on peut citer l'autorisation du modèle permettant au peintre d'exposer publiquement son œuvre d'art, autorisation qui consacre une dérogation à la liberté qu'a chaque être humain de ne pas laisser reproduire les traits de son visage ; ce sont les clauses de non-concurrence limitant la liberté professionnelle du vendeur de fonds de commerce ou de l'ancien employé ; enfin quand le lieu de la sépulture d'un parent décédé a été choisi d'un commun accord par les divers membres de sa famille, il n'est pas permis à celui qui aurait eu le droit de le choisir seul, de revenir plus tard sur sa parole, par pur caprice, et de déplacer le corps ⁽¹³⁾.

Ainsi il existe des conventions intéressant les biens innés et surtout des conventions relatives à l'action en réparation. Mais, à quelles conditions les conventions concernant les situations juridiques extra-patrimoniales sont-elles licites ?

(12) Cf. Jossierand : La personne humaine dans le commerce juridique, *D. H.*, 1932, chronique, p. 1.

(13) Paris, 30 oct. 1902, *S.* 1903.2.8 et 1^{er} août 1899, *S.* 1903.2.73 ; Cass. 18 juin 1908, *S.* 1908.1.336 (motifs).

2. — LICÉITÉ DES CONVENTIONS RELATIVES
AUX SITUATIONS JURIDIQUES EXTRAPATRIMONIALES

188. — Portée de l'art. 1128 du Code civil : choses hors du commerce.

Il semble que la traduction de l'adage traditionnel « la personne humaine est au-dessus des conventions », soit l'illicéité des conventions relatives aux situations extrapatrimoniales. Il existe trois sources possibles d'annulation des conventions illicites : l'article 6 du Code civil interdisant de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, l'article 1128 selon lequel, il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet de conventions, les articles 1131-1133 combinés, enfin, d'où résulte la nullité de l'obligation ayant une cause illicite, la cause étant illicite aux termes de l'article 1133, « quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » (1).

Les termes de l'article 1128 s'apparentent le mieux avec ceux du principe traditionnel : la personne humaine étant hors du commerce, serait impossible comme objet d'obligation et les conventions stipulant des obligations la concernant ne sauraient avoir de valeur.

Encore faut-il savoir ce que signifie l'expression : *choses hors du commerce* ; si nous prenons cette expression dans son sens originaire, elle désigne des choses insusceptibles d'appropriation privée et d'aliénation ; les Romains par exemple parlaient des *res quorum non est commercium* ; ils visaient des choses à proprement parler et se bornaient à les déclarer inaliénables (2). Avec

188. — (1) Andrée Jack : Les conventions relatives à la personne physique, *Rev. crit.* 1933, n° 4, p. 369.

(2) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 224, p. 301. Cf. G. Ripert : Cours de droit civil approfondi et comparé, Fac. dr. Paris, 1929-1930, les limites de la liberté contractuelle, p. 59 du cours polycopié ; Andrée Jack, *loc. cit.*, n° 5, p. 370.

cette interprétation, nous aboutissons à des résultats assez minces : la personne physique dans son intégrité compte évidemment au nombre de tels biens ; certes on a pu parler d'une vente de lait dans le contrat passé avec la nourrice ou de sang dans l'opération de la transfusion, on a pu affirmer que l'homme a une propriété sur son être, mais ce sont là des images sans portée juridique précise ; le corps humain n'est pas une chose appropriable ou même aliénable. Le principe est certain, il en résulte l'interdiction de transmettre les divers attributs de la propriété de son corps, l'impossibilité de passer des contrats analogues à celui du Marchand de Venise⁽³⁾.

Les auteurs modernes au contraire font rentrer dans la catégorie des choses hors du commerce toutes sortes de choses et d'intérêts dont l'aliénation ou le libre commerce est restreint par la loi ou les conventions, et aussi les situations légales que les particuliers n'ont pas le pouvoir de modifier à leur gré⁽⁴⁾. L'expression va désigner non pas seulement les choses non appropriables, mais plus généralement les choses non susceptibles de transaction⁽⁵⁾. Nous sommes revenus à notre point de départ : les droits non patrimoniaux sont-ils susceptibles de transaction ?

En tout cas, ce n'est pas en tant qu'objet impossible qu'une situation juridique non patrimoniale peut être écartée de l'emprise de la volonté juridique : il n'est pas nécessaire, en effet, que l'objet présente un intérêt pécuniaire pour le créancier de l'obligation⁽⁶⁾ ; la notion d'intérêt non susceptible d'appréciation pécuniaire comme critère de l'objet impossible, perd chaque jour du terrain.

(3) A. Jack, *op. loc.*, n° 5, p. 371.

(4) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 224, p. 301.

(5) Cours de doctorat de M. Ripert, 1929-1930, p. 59.

(6) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 221, p. 295.

189. — Du caractère licite de l'objet.

Conçue largement, la notion de choses hors du commerce absorbe tout le champ des conventions à objets illicites ⁽¹⁾, car les objets insusceptibles de transaction ne sont pas seulement ceux qui sont tels par nature mais encore ceux que la loi écarte du domaine conventionnel; il reste à savoir pourquoi la loi place ainsi des biens ou des droits hors du commerce juridique : doit-on compléter l'article 1128 par l'article 6 du Code civil et dire que l'objet est illicite quand il déroge aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ? mais comment définir les lois d'ordre public ?

On a proposé de distinguer entre les intérêts patrimoniaux et les intérêts non patrimoniaux ⁽²⁾. Il ne serait pas permis de traiter librement des seconds, mais cette distinction n'est pas satisfaisante : la volonté des particuliers intervient dans un grand nombre de cas pour modifier l'état ou la capacité, les intérêts non patrimoniaux ne sont pas en principe intangibles ; le fait est peu fréquent en pratique, mais c'est parce que ces questions se règlent rarement par des actes juridiques ; d'autre part les intérêts pécuniaires sont fréquemment protégés par des lois impératives ⁽³⁾.

Ce qu'il faut noter, néanmoins, c'est que la distinction entre intérêts patrimoniaux et intérêts non patrimoniaux est à retenir comme fondement de certaines applications : on peut renoncer à un intérêt patrimonial né et actuel, alors même qu'il serait la conséquence d'un droit ou d'un état que la convention ne peut modifier, par exemple transiger sur le droit à une succession *ab intestat* actuellement ouverte ; lorsqu'il s'agit d'engager l'avenir, d'im-

189. — (1) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 224, p. 301.

(2) Cf. Marmion : Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne, *Thèse Paris*, 1924, p. 103 et suiv.

(3) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 226, p. 304-305.

portantes restrictions sont apportées à la liberté, même pour les intérêts patrimoniaux (4).

Admettons cependant cette théorie : il faudra annuler comme comportant un objet illicite et immoral à la fois, les conventions entraînant à la charge ou au profit d'une partie, une obligation à objet non patrimonial. Ce ne sont pas seulement des obligations de donner, des concessions de jouissance, à peu près inconcevables en pratique, qui peuvent porter atteinte à des droits ou intérêts non patrimoniaux, mais surtout des obligations de faire, et des prestations pécuniaires, qui touchent au moins indirectement au sort de l'homme ; ce n'est pas à la théorie de l'objet illicite qu'il faut recourir, elle est trop brutale, les conventions ne stipulant pas des prestations en elles-mêmes illicites, seraient valables, quand bien même leur accomplissement serait créateur d'une atteinte à un bien extrapatrimonial. L'annulation des obligations dont l'objet est illicite ou immoral ne suffit pas à sauvegarder les intérêts supérieurs dont le droit doit assurer le respect (5) ; c'est donc le but de la convention, les motifs qui ont conduit les parties à la conclure et à l'exécuter qui vont finalement constituer le critérium de sa validité ; c'est à la théorie de la cause illicite qu'il faut faire appel, si nous plaçons la cause dans les motifs plus ou moins déterminants, selon la conception jurisprudentielle (7).

190. — Recours à la théorie de la cause illicite, incertitude du critérium.

L'adage traditionnel voit donc sa portée considérablement limitée ; toutes les conventions relatives à des situations juridiques non patrimoniales ne sont pas illicites : certaines sont valables, d'autres devront être an-

(4) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 226, p. 305-306.

(5) A. Jack, *loc. cit.*, n° 6, p. 371.

(6) Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 276, p. 380.

(7) A. Jack, *loc. cit.* n° 9, p. 376 et note 2 (avec de nombreuses références).

nulées. Les conventions ne sont pas nulles en elles-mêmes, elles ne peuvent être invalidées que dans les termes du droit commun, sur les mêmes bases que toutes les autres conventions ⁽¹⁾ ; le seul fait qu'elles sont relatives à des situations juridiques non patrimoniales n'entraîne pas l'illicéité des conventions, le caractère illicite d'une prestation portant sur la personne et non sur le patrimoine n'est pas inéluctable.

Cette notion de cause immorale ou illicite ne permet pas d'aboutir à des solutions nettes : tout y est matière à appréciation, variable selon les temps, les lieux, les personnes ⁽²⁾. Nous ne parvenons pas à établir des classifications parfaitement délimitées des conventions illicites. Il nous suffit de rappeler, à titre d'exemple, l'incertitude jurisprudentielle, concernant la licéité des interventions du chirurgien en matière esthétique ⁽³⁾.

Les situations juridiques non patrimoniales n'échappent donc pas, du point de vue de la licéité des accords, au domaine contractuel ; il reste à déterminer si elles peuvent se plier, comme objet d'obligations, aux techniques contractuelles ordinaires ou si, au contraire, les conventions qui les concernent obéissent à un régime particulier.

3. — DU RÉGIME JURIDIQUE DES CONVENTIONS RELATIVES AUX SITUATIONS NON PATRIMONIALES

191. — Du consentement.

Comme nous l'avons noté plus haut ⁽¹⁾, la jurisprudence n'envisage pas directement la possibilité d'existence d'un régime juridique autonome des conventions relatives aux situations non patrimoniales : la convention

190. — (1) A. Jack, *loc. cit.*, p. 380, n° 10.

(2) Eod. loc. n° 10, p. 377.

(3) Cf. références p. 378, notes 2 et 3 ; p. 379, note 2.

Baudrand : La chirurgie esthétique et le droit. *Th. Poitiers*, 1938.

191. — (1) Voir n° 186 *in fine*.

se trouve absorbée dans le problème de responsabilité, mais les tribunaux tiennent compte, à titre d'éléments de la faute, de notions diverses, lesquelles ont une certaine signification juridique.

— Parmi les actes fautifs fréquemment relevés à la charge du co-contractant de la personne lésée, on peut noter, à propos des conventions ayant trait à la personne physique, le fait de ne pas l'avoir prévenue des risques qu'elle courait ; il y a lieu de dépasser, en effet, les exigences du droit commun quant à la certitude et à l'efficience du consentement de la personne qui subira une lésion corporelle certaine ou éventuelle par suite de la convention⁽²⁾ : ce ne sont pas des transactions d'ordre patrimonial que ces personnes vont passer, elles acceptent une atteinte probable à l'intégrité du corps (le but de la convention étant supposé licite).

La liberté du consentement est donc strictement assurée, qu'il s'agisse du consentement à une opération chirurgicale, ou du consentement de pugilistes qui acceptent de s'affronter en un brutal match de boxe.

Les décisions de la jurisprudence varieront selon la convention et suivant les personnes : la nécessité d'une intervention chirurgicale ou le fait que le boxeur « n'en est plus à son premier match », sont des éléments dont les tribunaux tiennent compte.

— Lorsqu'une convention est relative à un attribut de l'individualité ou à l'élément moral de la personnalité, on ne peut relever aucune exigence spéciale quant à la certitude du consentement, mais il faut signaler un caractère commun à toutes les situations non patrimoniales : dans un contrat ordinaire, un consentement initial est suffisant ; quand une convention se rapporte à une situation non patrimoniale, le consentement de la partie intéressée est révocable jusqu'à l'exécution et même

(2) A. Jack, *op. cit.* loc. n° 12, p. 383 ; Marie-Jeanne Lacas : *Les oblig. du médecin*, p. 117. *Th. Paris*, 1938.

parfois après l'exécution de la convention. Jusqu'au dernier moment donc, le patient peut refuser de se laisser opérer, en remboursant seulement au chirurgien ses frais, à titre de paiement de soins déjà faits ⁽³⁾ ; de même les cessions de noms sont révocables. Les conventions qui concernent le nom touchent trop à la personnalité pour être irrévocables et absolues, sans quoi ce serait parfois l'abandon conventionnel de droits inaliénables : ceux de la personnalité ⁽⁴⁾. Ces conventions donc se concilient assez bien avec l'impossibilité de diminuer les droits de la personnalité : le cédant conserve le droit d'employer lui-même son nom comme auparavant ; l'autorisation devient révocable lorsque l'usage par autrui risque de nuire. Ainsi, lorsque la jurisprudence valide les conventions relatives à l'usage du nom, il ne faudrait pas croire qu'elle les assimile pleinement à de véritables contrats sur les biens, en possédant la valeur absolue et les effets définitifs : les droits accordés par convention dans une matière intéressant à un si haut degré la personnalité sont nécessairement limités.

Cependant le cédant qui veut révoquer son autorisation devra justifier des circonstances qui dictent sa conduite et dédommager son cocontractant des bénéfices dont il le prive après les lui avoir fait un peu trop légèrement espérer ; nous savons par exemple que le contrat d'éducation est révocable *ad nutum* mais que le père de famille doit indemniser l'éducateur à titre onéreux quand il reprend l'enfant sans raison sérieuse.

De même, enfin, une formule élégante, qui permet de concilier les nécessités de la pratique de l'édition et celles de la protection du droit moral de l'auteur, consiste en la limitation du contrat d'édition à une durée limitée. La même idée commande l'article 1780 du Code civil ; le contrat de louage d'ouvrage et d'industrie se rapporte à

(3) A. Jack, n° 13, p. 386 ; Demogue : Obligations, tome II, n° 803, p. 652.

(4) Perreau : Le droit au nom, p. 149.

une situation non patrimoniale : la liberté de travailler chez qui l'on veut.

Cette limitation de durée c'est la consécration pratique de l'idée de révocabilité du consentement.

Il ne faut pas d'ailleurs enfler démesurément cette révocabilité et ne considérer ces conventions que comme des promesses unilatérales de contracter où le concours de volontés se confondrait chronologiquement avec l'exécution ⁽⁵⁾. Ce sont plutôt des conventions dans lesquelles l'une des obligations stipulées est affectée d'une condition suspensive potestative, sans qu'il en résulte une cause d'invalidation parce que la condition potestative n'émane pas de celui qui s'oblige (art. 1174 du Code civil), mais du créancier de l'obligation ⁽⁶⁾ : le malade à opérer ou l'écrivain dont l'éditeur doit lancer l'ouvrage sur le marché.

La condition qui affecte l'obligation du malade de payer le chirurgien ou l'obligation de l'auteur de laisser publier son œuvre par l'éditeur est simplement potestative ⁽⁷⁾ ; elle ne vicie donc pas l'obligation, laquelle est soumise indirectement à la révocation : la pratique cependant exigera de l'auteur qui ne veut plus faire éditer son œuvre une raison valable, elle obligera l'écrivain capricieux à verser des dommages-intérêts à l'éditeur.

192. — De la capacité.

C'est surtout en matière de capacité que s'accuse une divergence profonde entre le système de droit commun et les règles propres aux conventions relatives aux intérêts non patrimoniaux. En matière de capacité, le législateur a posé des règles strictes ; il y a lieu de faire ici exception à ces règles brutales afin qu'elles ne deviennent pas inhumaines.

La capacité nécessaire n'est pas la capacité légale, mais

(5) A. Jack, *cod. loc.* n° 13, p. 387.

(6) Cf. Planiol, Ripert et Gabolde, tome VII, n° 1028, p. 335-336.

(7) Les cessions de noms sont de simples accords révocables.

la capacité naturelle, existant en fait, de manifester un consentement sérieux ⁽¹⁾. On peut donner de cette règle de multiples exemples :

C'est une femme mariée, un adolescent, un aliéné, que son époux ou sa famille se refuse à faire opérer, malgré l'utilité de l'intervention ; il faut leur permettre de conclure eux-mêmes la convention nécessaire ; lorsqu'il s'agit de conventions pécuniaires mettant en jeu des intérêts non patrimoniaux, il faut exiger le consentement de la personne incapable, même si l'intervention d'un représentant est exigée ; autrefois, certes, le père pouvait engager son fils comme mousse dans la marine marchande ⁽²⁾ ; aujourd'hui, il peut conclure pour le compte de l'enfant un contrat d'apprentissage ⁽³⁾ ; en principe, il vaudrait mieux exiger un engagement personnel de l'enfant, avec l'autorisation du père. Un contrat de travail conclu entre le père adoptif et l'employeur, contrat qui engageait une fillette de 13 ans en dehors de son consentement, comme acrobate dans un cirque, a été, avec juste raison, annulée par la jurisprudence belge ⁽⁴⁾.

De même, si l'autorisation paternelle est nécessaire jusqu'à l'âge de 20 ans pour qu'il soit possible de publier un ouvrage, inversement le père se verra refuser le droit de procéder sans le consentement de l'enfant à la publication des œuvres de celui-ci ⁽⁵⁾.

Si, donc, il paraît légitime, en considération des convenances sociales et familiales, de maintenir la nécessité du consentement du père ou du mari, lorsqu'une convention est relative à des intérêts non patrimoniaux, il faut exiger, en outre, l'intervention personnelle de l'intéressé : on aboutit finalement à une collaboration de l'incapable

192. — (1) A. Jack, n° 14, p. 388 ; Pierre Garraud et Marcel Laborde-Lacoste : La volonté du médecin et du patient quant au traitement médical ou à l'intervention chirurgicale, n° 8 (Paris, 1927, E. de Boccard, édit.) ; Perreau : *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 273.

(2) Planiol, Ripert et Savatier, n° 259, p. 311, note 1.

(3) Eod. loc. p. 311, note 2 ; cf. n° 338, p. 390 et suiv.

(4) Trib. civ. Bruxelles, 11 mars 1885, Pas. 1886.3.69.

(5) J. Rault : *Le contrat d'édition*, p. 133.

et de son représentant ordinaire ou de son conseiller dans la décision ⁽⁶⁾.

193. — Portée des effets de l'accord de volontés. Conclusion.

Sous le bénéfice de ces règles plus sévères, la volonté des parties s'est manifestée ; elle va fixer le genre de convention intervenue et les obligations qui en résultent à la charge des co-contractants ; mais c'est à la détermination des obligations *principales* des parties que va se borner l'efficacité de leur volonté ⁽¹⁾ : lorsqu'il s'agira de préciser l'étendue et les modalités d'exécution de ces obligations (plus exactement des seules obligations relatives à un bien non patrimonial), ou la responsabilité qui peut en découler, l'emprise des volontés particulières s'efface devant la loi, le règlement ou l'usage général ⁽²⁾, le caractère d'ordre public attaché à la protection de la personnalité réapparaît en pleine lumière, de telle sorte que la notion de contrat en cette matière va se trouver restreinte dans ses conséquences et ses prérogatives. La volonté humaine conserve des effets mais son efficacité devient rigide et dépendante. Ce sont surtout les règles objectives d'ordre professionnel qui vont permettre de juger la conduite du co-contractant, par exemple les commandements de la science médicale, les règlements rédigés par les associations sportives, les usages des autres professions intéressées (pratique de contrats d'édition notamment).

Les règles et les usages serviront donc à déterminer les effets de la convention ; ceci explique les dérogations à la convention que parfois peut se permettre le co-contractant, dérogation justifiée par l'intérêt même de la personne : c'est le praticien qui, au cours d'une opération, se

(6) Voir n° 206.

193. — (1) A. Jack, n° 15, p. 389.

(2) Eod. loc. — Cf. Jossierand : Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *Rev. trim.* 1937, n° 12, p. 14.

rend compte qu'une intervention plus importante que celle projetée est nécessaire ; c'est l'éditeur (l'auteur étant décédé) qui, pour sauvegarder la réputation d'une œuvre et conserver sa valeur scientifique, fait subir à l'œuvre qu'il édite quelques retouches, quelques mises au point, quelques corrections que l'auteur aurait lui-même effectuées s'il eût vécu.

Ces dérogations à la convention se justifient par l'intérêt même de la personne physique ou de la réputation de l'auteur.

Il apparaît donc que les conventions relatives à des situations juridiques non patrimoniales sont permises par la loi, quand elles ont un but licite et moral, la valeur particulière de la personnalité humaine n'apparaissant qu'à titre d'élément de recherche et d'appréciation de ce but, mais « cette valeur particulière des droits auxquels elles s'appliquent va faire par ailleurs échapper de telles conventions au droit commun des obligations », d'une part on exigera « un consentement certain, personnel et d'ordre naturel », d'autre part on fera régler les effets par « des prescriptions fixes, extraconventionnelles et de plus en plus impératives » (3).

Devons-nous rejeter le principe de l'indisponibilité des droits et actions extrapatrimoniaux ? Ce serait sans nul doute une conclusion excessive. Il faut toutefois ramener l'adage « la personne humaine est en dehors du commerce juridique » à ses justes proportions.

Des accords de volonté sont possibles et licites en cette matière : il ne faut pas outrer cette idée et assimiler à des contrats sur les biens les conventions qui concernent les droits extrapatrimoniaux (4) : si des nécessités pratiques ont conduit à reconnaître à ces engagements une cer-

(3) A. Jack, n° 19, p. 394 ; voir Marmion, p. 125.

(4) Dans ce sens, voir A. Weill : Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, *Th. Strasbourg* 1938, n°s 188, 189 et 190, p. 330 et suiv. — Il faut, dit cet auteur, restreindre l'application de l'art. 1165 aux seuls droits patrimoniaux.

taine efficacité, d'autres considérations d'utilité sociale exigent qu'on la restreigne ; la volonté tend à n'être plus créatrice autonome d'obligations à la charge des contractants, mais à placer seulement ceux-ci dans un statut déterminé, ou à les soumettre à des obligations purement légales.

Les dérogations au principe de l'exclusion du commerce des droits extrapatrimoniaux se ramènent soit à des transactions réalisant une cession restreinte de leur exercice (droits déterminateurs en général), soit à une renonciation à la faculté de les faire valoir (spécialement droit de demander réparation d'un préjudice extrapatrimonial) ; la nature de ces droits *jura personalissima* ⁽⁵⁾ a dû reculer devant les nécessités de la vie ; les dérogations ont été motivées par des considérations d'intérêt général ou par des arguments tirés de l'intérêt personnel de l'individu ; cependant la tradition de l'incessibilité d'une personnalité presque sacrée reste dominante dans l'esprit des auteurs et des praticiens. En général, le commerce juridique ne peut toucher à cette personnalité : c'est là un principe nettement formulé, universellement admis ; s'il se révèle contraire aux faits en maintes hypothèses, comme nous l'avons montré, il ne faut pas oublier cependant qu'une ligne de démarcation doit subsister entre la personne humaine et le patrimoine.

SOUS-SECTION 2

DE L'IMPRESCRIPTIBILITE DES DROITS ET ACTIONS EXTRAPATRIMONIAUX

194. — Position du problème.

Si l'on admet que les droits extrapatrimoniaux sont hors du commerce, il faut en conclure qu'ils échappent à

(5) M-Nouaros, p. 93, n° 51.

la prescription soit acquisitive, soit extinctive ⁽¹⁾ : une prudence élémentaire commande de déclarer imprescriptibles les biens qui sont inaliénables ; « faute de cette précaution, on eût risqué de les voir appropriés au profit de quelqu'un ou passés en de nouvelles mains au bout d'un nombre d'années relativement bref » ⁽²⁾. C'est cette règle que nous trouvons énoncée dans l'article 2226 du Code civil.

L'expression « choses qui ne sont point dans le commerce » (art. 2226) a-t-elle le même sens que dans l'article 1128 ? Dans l'article 2226, l'expression paraît avoir une signification plus étroite que dans l'article 1128 ; elle est, semble-t-il, écrit M. Voirin, synonyme de biens du domaine public ⁽³⁾ ; d'une manière générale, les biens inaliénables qui sont cependant hors du commerce juridique, ne sont qu'exceptionnellement imprescriptibles ⁽⁴⁾ : ainsi les biens dotaux deviennent prescriptibles après la séparation de biens (art. 1561, alin. 2). Finalement la détermination des choses soustraites à la prescription ne peut être déduite d'aucune idée générale ; tout ce qu'on peut dire c'est que l'imprescriptibilité est exceptionnelle, car si l'on envisage l'importance sociale de la prolongation d'une situation de fait, on ne rejettera plus absolument l'importance du temps sur ces droits ; à mesure que se prolonge un état de fait, ne devient-il pas de plus en plus probable qu'il est conforme au droit ?

Il importe d'ailleurs en notre matière de bien poser le problème. Nous nous servons de notre distinction entre droits, actions et biens extrapatrimoniaux ; il nous semble artificiel par exemple de noter l'imprescriptibilité du « droit à la vie » ⁽⁵⁾, parce que ce droit n'a aucune exis-

194. — (1) Cf. Perreau : Les droits de la personnalité, *Rev. trim.* 1909, p. 520.

(2) Picard : Les Biens, n° 691, p. 659.

(3) Voirin : Les Biens, n° 757, p. 838.

(4) Voirin, *op. cit.*, n° 691, écrit : « Tous les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas nécessairement imprescriptibles ». La formule est moins absolue.

(5) V. par exemple, Lecompte, thèse citée : Essai sur la notion de faculté en droit civil, p. 304, 1°.

tence réelle ; il ne peut être ni transmis ni défendu ; il doit donc être déclaré imprescriptible, mais on ne transmet pas un droit fantôme et le temps, bien évidemment, n'a aucune prise sur le néant : la vie est un bien inné ; il faut seulement nous demander si l'action en réparation d'un préjudice corporel est susceptible ou non de prescription.

— Le patrimoine, la profession ne sont pas des droits ; on ne peut donc parler de leur imprescriptibilité.

Plus juridiquement, selon nous, il faut se demander si le temps est une cause d'acquisition ou d'extinction des droits ou actions extrapatrimoniaux.

195. — De l'imprescriptibilité des droits extrapatrimoniaux (droits déterminateurs).

Le principe selon lequel les droit extrapatrimoniaux sont insusceptibles de prescription (acquisitive ou extinctive) n'a pas besoin d'être longuement commenté : le temps ne peut faire acquérir ni le droit moral de l'auteur, ni le droit d'invoquer un état ⁽¹⁾, ni le droit au nom ⁽²⁾.

Et de même, le nom ne peut s'éteindre par le non usage ⁽³⁾, le temps ne peut faire disparaître le droit d'invoquer un état, le droit moral de l'auteur est imprescriptible ⁽⁴⁾.

Quelle est la raison de cette imprescriptibilité ? Tient-elle au caractère de ces droits ? Il ne semble pas que l'impossibilité d'évaluation pécuniaire d'un droit puisse avoir pour conséquence son imprescriptibilité ; l'indisponibilité des droits extrapatrimoniaux est d'autre part toute relative ; ce sont les nécessités de l'ordre public qui entraînent cette imprescriptibilité : c'est parce que le

195. — (1) Savatier, n° 17, p. 14.

(2) Savatier, n° 118, p. 129 ; Perreau, *op. cit.* (le Droit au nom), p. 171 ; Req., 21 juillet 1926, S. 1926.1.310.

(3) Perreau, art. *Rev. trim.*, 1909, p. 523, note 1 (références).

(4) Jossierand, tome I, n° 1528, p. 848 b) ; Michaélidès-Nouaros, *op. cit.*, n° 86, p. 153.

nom est immuable qu'il est imprescriptible ; c'est parce que l'état est une situation juridique au respect de laquelle l'ordre public est intéressé qu'il est imprescriptible ⁽⁵⁾ ; c'est parce que l'ordre public considère comme équitable de permettre à tout écrivain d'assurer le respect de son œuvre que nous relevons l'imprescriptibilité du droit moral.

Mais il importe également au bon ordre social que les situations acquises ne risquent pas constamment d'être remises en question : l'instabilité des situations juridiques extrapatrimoniales serait aussi grave que celle de la propriété des biens patrimoniaux ⁽⁶⁾ ; le temps conserve donc en notre matière une certaine autorité et il nous faut noter les exceptions apportées au principe d'imprescriptibilité des droits extrapatrimoniaux :

— Le droit de réponse est un droit prescriptible par un an (art. 13, loi de 1881, modifié par la loi du 29 sept. 1919) : l'action en insertion forcée se prescrit après un an révolu, à compter du jour où la publication aura eu lieu.

— Ceux des arrêts qui admettaient le principe de l'imprescriptibilité du nom admettaient pourtant qu'une longue possession portant sur plus de cent ans, avait pu rendre définitif un changement de nom ⁽⁷⁾ : c'était là une possession par prescription séculaire et un arrêt de

(5) M. Sudre, *op. cit.*, p. 159-162, souligne que d'après lui, l'imprescriptibilité du nom civil a pour raison profonde l'imprescriptibilité de l'état ; elle est indépendante, dit-il, de la règle sociale de l'immutabilité du nom. Cette thèse, affirme-t-il, est plus souple que la théorie classique ; nous croyons que la maniabilité plus grande de la thèse de M. Sudre est une illusion : en effet, nous avons montré que l'ordre public est intéressé parfois à laisser un nom immuable, donc à le défendre par la prescription.

(6) Perreau, article cité, p. 521.

(7) Savatier, n° 118, p. 129 ; voir Perreau : De la longue possession en matière de nom patronymique, *Rev. trim.*, 1905, p. 65 et suiv. ; comp. note Appert, S. 1899.1.337.

la Cour de Cassation (Civile, 6 mars 1923) paraît avoir abandonné le mot même d'imprescriptibilité ⁽⁸⁾.

— Le caractère du droit moral d'être imprescriptible n'est pas absolu, lui non plus : nous verrons qu'il s'estompe et s'affaiblit entre les mains des héritiers. Plus exactement l'imprescriptibilité n'existe qu'en ce qui concerne les prérogatives qui survivent à la mort de l'auteur ; la question de l'intransmissibilité successorale se lie donc à celle de l'imprescriptibilité ⁽⁹⁾.

— Il existe enfin des exceptions à la règle de l'imprescriptibilité de l'état.

196. — De l'imprescriptibilité de l'état.

La possession d'état ne peut à elle seule créer une situation juridique régulière ⁽¹⁾ ; un particulier ne peut se dire marié parce qu'il a la possession d'état d'époux ou fils légitime d'une personne, parce qu'il est considéré par tout le monde comme tel.

Le Code civil a cependant sanctionné l'autorité du temps, tantôt pour autoriser la longue possession comme preuve (art. 196-197, 320-322), tantôt pour rendre une situation juridique inattaquable au bout d'un temps déterminé (art. 181, 183, 185, 316, 317, 329, 330 Code civil).

La jurisprudence tient compte du temps dans les contestations relatives à une question d'état : posant en thèse générale, pour l'honneur des principes, que la règle est l'imprescriptibilité, elle en restreint la portée dans

(8) Voir Civ., 6 mars 1923, *D. P.* 1923.1.81 note Savatier ; *S.* 1924.1.177, note Perreau ; Req., 21 juillet 1926, *S.* 1926.1.310 ; Req., 5 déc. 1928, *D. P.* 1929.1.89, note Savatier ; Req., 14 avril 1934, *D. H.* 1934.265, *Gaz. Pal.*, 1934.2.22 ; Cour de Paris, 17 juin 1937, *D. P.* 1937.2.106, *Ann.*, 1938, 292, article 7652. — Cf. Sulblé : De l'imprescriptibilité du nom et des effets de la possession, *Thèse Paris*, 1910 ; H. Batiffol (collection Beudant), n° 420, p. 295. — Voir Hardoin, examen doctrinal de jurisprudence, *Rev. crit.* 1938, p. 438.

Sur l'application de la prescription au nom commercial, voir la note de Thaller, *D. P.* 1907.2.201, sous Paris, 18 février 1904. — Sur l'application de la prescription au pseudonyme, voir note Perreau, *S.* 1906.2.217.

(9) Comp. M-Nouaros, n° 68, p. 121 et suiv.

196. — (1) Savatier, n° 18, p. 15.

d'étroites limites ; elle admet la possession dans une très large mesure comme preuve des droits extrapatrimoniaux ; parfois l'autorité du temps devient plus grande encore : on observe, chez les tribunaux, une tendance marquée à repousser les actions en justice concernant l'état, en se basant sur la possession prolongée, qui sert alors non plus de simple preuve mais de véritable fin de non-recevoir ⁽²⁾.

La jurisprudence admet en premier lieu la possession comme mode de preuve : c'est ainsi qu'elle a autorisé un étranger de l'Etat de New-York à fournir la preuve de son mariage par la simple possession d'état, selon les lois de son pays ⁽³⁾, qu'elle a reconnu le droit à la nationalité française à une famille qui avait joui sans contestation de cette qualité ⁽⁴⁾, qu'elle décide que la possession séculaire d'un nom engendre un droit à ce nom ⁽⁵⁾, qu'elle a admis la preuve de l'identité de la personne par une constante possession depuis la naissance ⁽⁶⁾, qu'elle décide que la possession d'état de fils naturel à l'égard d'une femme, alors que la reconnaissance de l'enfant a été effectuée par le père seul avec indication du nom de la mère, équivaut vis-à-vis de celle-ci à l'aveu prévu par l'article 336 du Code civil ⁽⁷⁾. Les actes de notoriété, enfin, qui remplacent en fait assez fréquemment les actes de l'état civil, ne sont qu'une contestation de la possession prolongée ⁽⁸⁾.

La jurisprudence admet en second lieu que la possession peut entraîner une fin de non recevoir : la jurisprudence interprète constamment les textes qui éteignent des actions relatives à la personnalité de façon à englober le

(2) Perreau, article cité, p. 523 et 525.

(3) Paris, 20 janvier 1873, *S.* 73.2.177 ; *D. P.*, 73.2.59 ; Req., 13 janvier 1857, *S.* 57.1.81, *D. P.* 57.1.106.

(4) Req., 24 mars 1886, *S.* 89.1.251 et 30 mai 1834 *S.* 34.1.439.

(5) Perreau : Le droit au nom, p. 171 et suiv.

(6) Trib. Seine, 2 juillet 1898, *Gaz. Trib.*, 13 juillet 1898 ; Besançon, 16 déc. 1891, *D. P.* 92.2.75.

(7) Nîmes, 15 février 1887, Cass. belge, 6 juillet 1889, *D. P.* 1889.2.236 ; Besançon, 6 juillet 1892, *S.* 94.2.61 et les renvois.

(8) Perreau, art. cité, p. 525.

plus grand nombre d'actions possible; elle applique les articles 329 et 330 du Code civil aux descendants comme aux autres héritiers de l'enfant qui n'a pas lui-même réclamé son état ⁽⁹⁾; elle étend aux demandes en nullité de mariage pour cause de folie les conditions d'exercice des actions basées sur de simples vices du consentement, même au point de vue des délais ⁽¹⁰⁾; signalons, d'autre part, les décisions déclarant inattaquable, aussi bien que la filiation légitime, la filiation naturelle cumulativement attestée par un titre, et la possession d'état, par extension de l'article 322 du Code civil ⁽¹¹⁾; il faut noter aussi les arrêts repoussant les actions en justice dont le succès diminuerait la situation possédée en fait par une personne depuis longtemps : les tribunaux rejettent ainsi, en s'appuyant sur la longue possession de la qualité d'enfant naturel simple, les actions tendant à réduire une personne à la situation d'enfant adultérin ⁽¹²⁾; la jurisprudence interprète enfin l'article 196 du Code civil de telle manière que la possession d'état des époux couvre le vice de forme qui se trouve dans la célébration du mariage, la clandestinité ou le vice d'incompétence de l'officier d'état civil; cette fin de non-recevoir ne peut être opposée qu'à l'action en nullité exercée par les époux eux-mêmes ⁽¹³⁾.

Quelles sont donc les exceptions apportées au principe de l'imprescriptibilité des actions d'état ?

Le temps est impuissant à permettre d'éluder l'état lorsque celui-ci dérive d'une situation indépendante de la

(9) Req., 9 janv. 1854, *D. P.* 54.1.185, *S.* 54.1.689; 30 déc. 1868, *D. P.* 69.1.185; *S.* 69.1.249; Rouen, 16 nov. 1867, *S.* 68.2.346. — Cf. Josserand, tome I, n° 1032, 2°, p. 562; Rouast, n° 766, p. 648.

(10) Bordeaux, 25 juin 1884 (motifs), *S.* 84.2.201; Civ., 9 nov. 1887, *S.* 87.1.461 (motifs). — Cf. Rouast, n° 293, p. 232; p. 230, note 2.

(11) Aix, 30 mai 1866, *D. P.* 66.2.201, *S.* 67.2.73 et les renvois.

(12) Cass., 13 juin 1882, *S.* 1884.1.211, cf. Perreau, p. 526, note 5 et références.

(13) Rouast, n° 272, p. 217 et n° 278, p. 221; Req., 28 nov. 1899, *D. P.* 1900.1.472; *S.* 1901.1.21.

Voir Batiffol, n° 615, p. 497; Req., 7 janvier 1929, *D. P.* 1929-1.50; Civ., 1^{er} avril 1930, *D. H.* 1930.505; comp. Req., 16 juin 1915, *S.* 1920.1.107.

durée, la filiation par exemple. Il en est autrement en ce qui concerne les droits sur la manifestation desquels la volonté des parties n'est pas impuissante. Au bout d'un temps plus ou moins long, les droits (sanctionneurs) d'agir en annulation d'un mariage ou de rechercher une paternité naturelle, ou celui pour les héritiers de rechercher la filiation de leur auteur ou de désavouer l'enfant prétendu de leur auteur, s'éteignent ⁽¹⁴⁾.

En résumé, le principe d'imprescriptibilité des actions d'état est exact, à condition de faire une distinction parmi elles ; lorsque plusieurs intéressés sont admis concurremment à exercer une action relative à la filiation, ils ne le sont pas au même titre : parmi les ayants-droit, certains sont considérés comme agissant dans un intérêt moral, d'autres comme agissant dans un intérêt pécuniaire ⁽¹⁵⁾, et des conséquences importantes se rattachent à cette distinction, notamment à propos de la prescriptibilité ; entre les mains d'un titulaire chez qui la loi présume, ou le tribunal estime, que l'intérêt moral est principalement en jeu, l'action d'état est imprescriptible ; elle peut au contraire se prescrire lorsqu'elle appartient à des intéressés qui sont jugés ou présumés n'envisager que les conséquences pécuniaires de l'état à revendiquer ou à contester ⁽¹⁶⁾ ; cependant le principe de l'imprescriptibilité au profit des intéressés investis d'un intérêt moral reçoit une double exception : la loi décide que des délais préfix leur sont impartis dans l'hypothèse du désaveu de paternité ⁽¹⁷⁾ et dans celle d'une action en recherche de la paternité naturelle ⁽¹⁸⁾.

(14) Savatier, n° 17, p. 14.

(15) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, tome I, n° 332, p. 346.

(16) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, tome I, n° 337, p. 349 ; comp. Rouast, n° 766, p. 647.

(17) Cf. Breton (collection Beudant), n° 1031, p. 243.

(18) Cf. Breton, p. 384, n° 1174 ; voir : Civ., 7 mai 1923, *D. P.* 1923.1.57 note Sarrut, note Savatier *D. P.* 1928.1.113 sous Req., 28 fév. 1928, *Rev. trim.* 1933, p. 862, n° 4 ; Cour de Paris, 9 avril 1934, *D. H.* 1934.289 ; Civ., 3 août 1937, *D. H.* 1937.535 ; Req., 28 avril 1938, *D. H.* 1938.436 ; *S.* 1938.1.344 ; Req., 13 juillet 1938, *D. H.* 1938.532, *S.* 1938.1.287, *Sem. juridique*, 1938, f. bl. 922, note R. Dallant.

197. — Conclusion.

Le principe de l'imprescriptibilité des droits extra-patrimoniaux comporte des exceptions ; si nous éliminons les « facultés », ou droits innés, lesquelles ne sont pas exposées à la prescription extinctive ⁽¹⁾, il apparaît que la portée du principe est toute relative : on peut peut-être relever par opposition aux droits patrimoniaux une augmentation du délai de la prescription ; mais il faut noter que la plénitude des pouvoirs laissés aux juges du fond pour apprécier la valeur des manifestations de la possession, aussi bien que l'institution par la loi de délais préfix, viennent démentir aussitôt notre remarque.

Il est plus exact de constater que l'application de l'usage à notre matière ne doit pas toujours être regardée comme une exception au principe d'imprescriptibilité. Si la possession joue un rôle comme mode de preuve, voire comme fin de non-recevoir, elle ne peut à elle seule créer une situation juridique régulière ; si certaines actions d'état sont prescriptibles, c'est qu'elles appartiennent à des intéressés que l'on présume n'envisager que les conséquences pécuniaires de l'état à revendiquer ou à contester. Cependant, la plupart des biens extrapatrimoniaux sont protégés par l'action en réparation de l'article 1382, laquelle est prescriptible par trente années et les législations récentes lui donnent généralement une durée beaucoup plus courte ⁽²⁾ : en Droit français, quand le fait dommageable constitue une infraction, la prescription a, dans ce cas, la même durée que l'action publique et comporte un délai inférieur ou égal à dix années. Ainsi l'autorité de la « durée » est importante, car « il faut évidemment qu'au bout d'un temps plus ou moins long, la

197. — (1) V. par ex. Gény : Lettres missives, tome I, n° 66, p. 176 et n° 4.

(2) Planiol, Ripert et Esmein, tome 6, n° 671, p. 906.

situation de fait des personnes devienne inattaquable » ⁽³⁾, en matière extrapatrimoniale comme en matière patrimoniale ; à mesure qu'un état de fait se prolonge, il devient de plus en plus probable qu'il est conforme au Droit, puisque les parties intéressées à le contredire ne protestent point ; d'autre part, la prescription extinctive joue son rôle bienfaisant ; elle évite des contestations sur des faits dont la mémoire est effacée.

Le problème de l'imprescriptibilité est lié étroitement à celui de l'intransmissibilité successorale, car il va de soi que l'imprescriptibilité n'existe qu'en ce qui concerne les prérogatives qui survivent à la mort de leur titulaire. On parle alors de la perpétuité des droits extrapatrimoniaux.

Il faut donc nous demander si les droits de la personnalité sont transmissibles par succession.

SOUS-SECTION 3

DE L'INTRANSMISSIBILITE SUCCESSORALE DES DROITS ET ACTIONS EXTRAPATRIMONIAUX

198. — Position du problème.

Le patrimoine se transmet aux héritiers par le décès : les droits extrapatrimoniaux n'y étant pas compris, ne se transmettent pas avec lui ; en thèse générale, donc, après la mort de quelqu'un, ses successeurs ne seraient point admis à intenter des actions relatives aux droits extrapatrimoniaux, parce que ces dernières sont attachées à la personne du défunt. Le principe de l'intransmissibilité successorale des droits et actions extrapatrimoniaux repose donc sur le même fondement que le principe d'indisponibilité.

(3) Perreau, art. cité, p. 522.

Il importe de bien poser le problème : d'une part, il est évident que les biens innés ne se transmettent pas, du moins juridiquement parlant ; on ne transmet pas juridiquement la vie, c'est là un phénomène d'ordre naturel ; on crée une vie nouvelle mais on ne transmet pas sa propre vie ; il n'est donc pas besoin de démontrer l'intransmissibilité de la vie, ou de l'intégrité corporelle. D'autre part, il faut distinguer soigneusement dans ce problème l'action exercée par l'héritier en qualité d'ayant cause et l'action exercée en son nom personnel⁽¹⁾.

En principe, les droits extrapatrimoniaux sont intransmissibles : attachés à la personne de leur titulaire, ils ne peuvent être exercés par les héritiers de celui-ci.

Une objection se présente à l'esprit : les héritiers ne sont-ils pas les continuateurs de la personne du défunt ? Nous savons que la théorie de la continuation de la personne du *de cujus* par l'héritier a une portée certaine en ce qui concerne la saisine ou l'obligation aux dettes, mais cette théorie ne présente-t-elle pas une part de fiction ? Ce que l'on veut dire lorsqu'on parle du caractère personnel de ces droits extrapatrimoniaux, c'est que leur exercice met en jeu une appréciation psychologique, subjective, et ceci explique que les héritiers ne puissent exercer les droits extrapatrimoniaux de leur auteur.

Dans ces conditions, les droits extrapatrimoniaux sont-ils viagers ? Disparaissent-ils à la mort de leur titulaire ? On peut parler véritablement d'intransmissibilité successorale.

En vérité, il existe ici deux sortes d'intransmissibilité : 1° certaines prérogatives s'éteignent à la mort de leur ti-

198. — (1) Mazeaud, tome 2, n° 1874, p. 670-671 (préjudice moral par ricochet) et n° 1906. Comp. note Nast *D. P.* 1934.2.77 (col. 2), sous Trib. corr. de Thonon-les-Bains, 5 janvier 1933. Note Savatier, *D. P.*, 38.1.77 (col. 2. II), sous Req., 8 mars 1937 (voir au *Sirey* 1937.1.242 (col. 2) la même distinction faite dans le rapport de M. Pilon). Henri Lelon, la resp. civile, 2° édit., n° 185 ; Paul Cuche, *D. H.* 1939, *Revue juridique*, p. 9.

tulaire : ce sont celles qui nécessitaient une appréciation d'ordre intime ; il en est ainsi, par exemple, du droit moral dans son élément positif ; 2° cependant, il est nécessaire *post mortem* de gérer certains intérêts ; le support de certaines prérogatives se trouve être sinon la personne du défunt, puisqu'elle a cessé d'exister, du moins sa mémoire, qui est une sorte de prolongement de sa personnalité. L'idée de continuation de la personne du défunt aboutira à faire exercer certains droits et actions extrapatrimoniaux du défunt par des successeurs « moraux », mais on ne se contentera pas, en principe, de l'ordre successoral applicable aux biens patrimoniaux ; on cherchera les personnes qui ont été les intimes du disparu et les héritiers du sang ne seront que, faute de mieux, les personnes à qui reviendra le devoir et le droit de défendre la personnalité de l'auteur.

Il n'y a pas là une transmission des droits extrapatrimoniaux, mais une survivance ; les droits patrimoniaux eux, sont transmis par l'effet du décès et changent de titulaire⁽²⁾.

Les héritiers peuvent, de plus, en leur nom personnel, exercer des actions en réparation du dommage moral, si des atteintes à la mémoire de leur auteur leur causent personnellement un préjudice.

Nous étudierons donc l'application du principe d'intransmissibilité et les exceptions apportées au principe, c'est-à-dire les cas de transmissibilité des droits extrapatrimoniaux, en comparant alors le régime juridique de transmission au régime ordinaire des successions.

199. — Le droit au nom.

Chacun possède, sur son nom, un droit propre qu'il ne tient que de la loi, absolument indépendant des prérogatives appartenant à toute autre personne sur le sien,

(2) Cf. Voirin : Les Biens, p. 174, note. — Comp. Planiol, Ripert et Trabot, tome V, n° 603, p. 633 (objet du legs).

fut-elle votre propre père ⁽¹⁾. Un vieil auteur l'avait observé déjà dans notre ancienne France ⁽²⁾ : ce n'est point par titre d'héritier qu'on possède les noms et armes, disait-il ; les auteurs modernes reconnaissent également cette indépendance des droits des enfants vis-à-vis de leur père sur leur patronymique.

Il n'y a pas de succession au nom, puisque les enfants prennent le nom de leur père du vivant même de celui-ci : il en résulte que les héritiers d'une personne n'ont pas comme tels le droit d'intenter une action relative au nom de leur auteur ; tout au plus auraient-ils le droit de continuer l'action qu'il aurait introduite et si les descendants ont parfois le droit d'intenter pareille action c'est comme parents et non comme successeurs, par conséquent nonobstant leur renonciation à la succession de leur auteur ⁽³⁾.

Les actions relatives à la protection du nom ne sont pas transmissibles aux héritiers : si les descendants peuvent exercer l'action en réclamation de patronymique, c'est que le patronymique est familial et non pas héréditaire. Ils désirent alors faire reconnaître que leurs ascendants y avaient droit, afin de pouvoir en conséquence le porter eux-mêmes ⁽⁴⁾. D'ailleurs, « le patronymique étant l'indication de la parenté, l'action est ouverte à tous les membres de la famille pour faire décider qu'il appartient à tel autre de ses membres en vue de constater leur parenté et d'en réclamer au besoin leurs effets : jamais l'on a hésité à reconnaître le droit des parents vivants à faire rectifier le patronymique de leurs parents décédés, pour constater leur parenté soit avec eux-mêmes, soit par leur intermédiaire, avec d'autres personnes » ⁽⁵⁾ ; souvent on réclame de telles rectifications de noms dans de vieux

199. — (1) Perreau : Le Droit au nom, p. 151.

(2) Denisart : Décisions nouvelles, V^o Nom, n^o 3.

(3) Perreau, *op. cit.*, p. 37-38.

(4) Perreau, p. 310, 2^o.

(5) Perreau, p. 310, 3^o.

actes d'état civil concernant des parents décédés, en vue de recueillir des successions. L'action en contestation de nom appartient à toute personne faisant légalement partie de la famille qui porte ou portait antérieurement le nom litigieux : il en est ainsi notamment de tous les descendants ; il n'y a plus d'action, au contraire, en l'absence d'un lien de famille avec les possesseurs ou anciens possesseurs du patronymique usurpé (6).

Les personnes ayant le droit d'intenter les actions protégeant le prénom ne sont pas les mêmes que celles ayant le droit d'agir pour les actions de protection du patronymique : le prénom est un nom individuel, le patronymique est celui de toute une famille. Les actions qui protègent le prénom sont donc réservées à son seul possesseur et n'appartiennent point à ses parents à raison de leur seule qualité ; toutefois ceux-ci auraient le droit d'exercer les actions relatives au prénom de leur parent, chaque fois que l'exercice de cette action leur serait nécessaire ou utile pour assurer la jouissance de leur propre droit, par exemple pour recueillir une succession, alors que l'erreur du prénom les empêcherait de prouver leur qualité d'héritiers (7).

200. — Le droit moral de l'auteur.

Le droit moral passe-t-il avec toutes ses prérogatives aux ayants-cause de l'auteur, après la mort de ce dernier ? D'aucuns pourraient prétendre que le droit moral, essentiellement personnel, est intransmissible : les héritiers de l'artiste ou de l'écrivain ne recueillent point, à la mort de celui-ci, ni son génie, ni son talent ; mais pour la gloire des écrivains et des artistes, le jugement de la postérité n'est pas moins à redouter que celui des con-

(6) Perreau, p. 322-325.

(7) Perreau, p. 447-448 (A). — Comp. Gaudemet, chronique, *Rev. trim.* 1929, p. 745, n° 1 ; Trib. Seine, 18 mars 1929, à propos du droit des héritiers sur le pseudonyme de leur auteur.

temporaires ; il importe que le droit moral survive à l'auteur. La transmissibilité du droit moral aux héritiers a été consacrée en France par une série de décisions jurisprudentielles, approuvées par la doctrine ⁽¹⁾. Cependant, en principe, le droit moral positif meurt avec l'auteur : ce n'est que le droit moral négatif qui passe aux héritiers ⁽²⁾. Cette solution nous paraît rationnelle : l'auteur a revêtu sa conception de la forme qu'il estimait la meilleure ; il a décidé, par la publication, d'en conférer au public la jouissance ; il a voulu l'œuvre telle qu'elle existait au moment de sa mort ⁽³⁾. Comment admettre qu'un légataire ignorant puisse, à son gré, mutiler ou faire mutiler l'œuvre sur laquelle il a mission de veiller ?

Les héritiers du sang sont les personnes à qui reviennent le devoir et le droit de défendre cette personnalité contre les offenses qui peuvent lui être portées : mais les proches parents de l'auteur agissent-ils *ex jure proprio* ou *ex jure hereditario* ? A notre sens, c'est en qualité de membres de la famille représentant le défunt, et non en qualité de successeurs aux biens, d'héritiers ⁽⁴⁾.

Qui pourrait être mieux qualifié que les héritiers pour cette tâche ? Confier à l'Etat le droit moral de l'auteur lors de sa mort serait sans grands avantages ; il est bien entendu, d'autre part, que l'auteur a pu expressément disposer de ce droit moral au profit d'une personne désignée ; rien ne peut empêcher sa volonté d'être exécutée ; il choisira un ami, un disciple, au courant de ses idées, ou désignera un établissement public : Académie, Société de gens de lettres, qui sera héritière du droit mo-

200. — (1) V. M-Nouaros, *op. cit.*, p. 119, notes 1, 2, 3 ; Gorguette d'Argœuves, p. 134 et suiv. (voir p. 140) ; v. par ex. Trib. civ. Seine, 1^{er} juillet 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.584.

(2) P. Masse. p. 62 ; G. d'Argœuves, p. 151 ; M-Nouaros, p. 116.

(3) Sauf les modifications rendues nécessaires par les « mises au courant » des ouvrages d'enseignement, de sciences ou de droit.

(4) V. Melliger, *op. cit.*, p. 138 ; Perreau, *Rev. trim.* 1909, p. 530, t. et notes 1 et 2 ; Stefea, *thèse citée*, p. 222. 224.

ral ⁽⁵⁾ ; à défaut de désignation, faute de mieux, écrit irrévérencieusement M. Nouaros ⁽⁶⁾, ce seront les héritiers de l'auteur qui veilleront à défendre la réputation artistique du *de cujus* contre toute atteinte. Mais le droit moral ne suivra pas nécessairement les règles de dévolution successorale fixées par le Code : les héritiers du sang, qui ne bénéficieraient point des revenus pécuniaires de l'œuvre, sont néanmoins les héritiers du droit moral, à moins qu'une disposition formelle de l'auteur n'ait retiré l'exercice du droit moral à ses héritiers naturels ; il serait souhaitable que les collaborateurs soient les héritiers du droit moral de l'auteur ⁽⁷⁾.

Ainsi, dans le cas du droit moral, nous constatons que certaines prérogatives passent aux héritiers ; peut-on dire que le droit moral est transmissible ? Il faut s'entendre : exercer le droit moral de l'auteur après son décès, c'est gérer un intérêt *post mortem* ; il n'y a pas à proprement parler transmission à un nouveau titulaire mais survivance de la personnalité ; c'est pour cette raison que les héritiers ne peuvent utiliser que les prérogatives négatives du droit moral ; leur mission consiste à conserver l'image invariable du dernier état de la personnalité du défunt. Le successible exerce le droit du défunt et non pas un droit qui lui appartienne personnellement ⁽⁸⁾. Si l'on parle de transmission, il faut alors souligner qu'elle est distincte de celle des biens : elle est fondée sur la proximité d'affinité, indépendante du titre d'héritier ; un héritier renonçant peut conserver l'exercice du droit moral et l'attribution du droit moral par testament ne constitue pas un legs, une personne incapable de recevoir par

(5) G. d'Argœuves, p. 142 ; comp. J. Rault, *op. cit.*, p. 379, 384.

Sur le choix des personnes à qui déléguer l'exercice du droit moral, cons. P. Charmantier, *art. cité*, Rev. critique 1937, p. 128 et suiv. (voir p. 133 le projet de la Soc. d'Etudes législatives et les critiques de M. le Doyen G. Ripert).

(6) M-Nouaros, n° 65, p. 115.

(7) G. d'Argœuves, p. 145, 146.

(8) Voirin, Les Biens, p. 175, n° 163.

testament est néanmoins habile à être désignée pour exercer le droit moral, de même qu'elle pourrait être investie des fonctions d'exécuteur testamentaire.

L'exercice par l'héritier du droit moral de l'auteur a fourni à M. Bartin un argument contre la théorie selon laquelle on doit s'attacher à la disposition de l'article 1382 pour caractériser le droit moral. La disposition de l'article 1382, dit-il ⁽⁹⁾, ne paraît pas pouvoir s'appliquer à la protection de la mémoire et par conséquent de la personnalité des morts. On a quelque peine à comprendre que l'auteur puisse transmettre à un tiers le droit ou l'exercice du droit d'agir éventuellement en justice contre l'auteur de ce prétendu quasi-délit civil qui ne se produirait qu'après sa mort. Y aurait-il là un legs à titre particulier d'une créance future du défunt ? Ou bien un mandat sans reddition de compte, survivant au décès du mandant ? L'objet indéterminé du legs dans la première conception, l'origine extracontractuelle du mandat dans la seconde paraissent s'opposer à l'une comme à l'autre : il suit de là qu'à moins d'une disposition législative expresse, analogue à celle de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 sur la diffamation, il est impossible, dans l'état actuel de notre droit, de prendre pour fondement du droit moral l'article 1382.

Tel est bien notre point de vue : si la jurisprudence utilise l'article 1382 à propos du droit moral, elle dépasse en vérité cet article dans l'application qu'elle en fait : le droit moral est un droit extrapatrimonial, il survit après la mort du *de cujus* et, à notre avis, il faut rapprocher l'exercice du droit moral, après la mort de l'auteur, du phénomène de l'exécution testamentaire : c'est, en effet, un mandat survivant au décès du mandant et dérivant non d'un contrat mais d'un testament (acte unilatéral) ; tels sont bien les caractères de l'exécution testamentaire ⁽¹⁰⁾.

(9) Bartin : Principes de droit international privé, tome 3, 1935, p. 62, note 2.

(10) Planiol, Ripert et Trashed, tome V, n° 676, p. 721.

201. — Défense « post-mortem » des intérêts moraux du défunt.

Le droit moral doit être rapproché de la défense des intérêts moraux : défense de l'honneur, du secret, de la sépulture. Assurer la sépulture décente du défunt ⁽¹⁾, exercer *post mortem* le droit moral de l'auteur, défendre son honneur, invoquer le droit au secret, c'est gérer *post mortem* les intérêts moraux du défunt ⁽²⁾, et toujours le rapprochement avec l'exécution testamentaire s'impose.

Le droit de choisir le lieu et le mode de sépulture est un droit exercé à titre de représentant présumé du défunt ; l'héritier est supposé connaître les conceptions du disparu ; de même le droit ou le devoir de veiller à la conservation de la sépulture est exercé comme « exécuteur testamentaire » moral du défunt, mais il ne faut pas parler d'un droit de l'héritier sur le corps du défunt : le droit sur le corps vivant transmis par le défunt à son héritier deviendrait-il un droit sur le cadavre ? il n'est pas plus satisfaisant de parler ici d'un droit sur le cadavre du *de cujus* appartenant à l'héritier *ex jure proprio* ⁽³⁾ : toutes ces explications constituent un simple jargon juridique.

Le droit au *secret privé des lettres* ne s'éteint pas nécessairement à la mort de son titulaire ; du moins, ne saurait-il être invoqué, après lui, que par les personnes qui le représentent au sens le plus plein du mot, c'est-à-dire

201. — (1) Cf. Voirin, *D. P.* 1930.1.49 (col. 1).

(2) Comp. à propos de l'injure grave, faite à la mémoire, les solutions en matière de donations ou de legs : art. 957 et art. 1047 du Code civil ; Trasbot, n° 505, p. 519 et n° 723, p. 774. Cf. Aix, 28 nov. 1927, *Gaz. Pal.* 1928.1.599. — Sur la révocation pour cause d'ingratitude des libéralités faites dans le contrat de mariage entre futurs époux ou au cours du mariage, entre époux, exercée par les héritiers du donateur, voir J. Chevallier : De la révocation pour cause d'ingratitude des libéralités entre époux et entre futurs époux, *Rev. crit.* 1933, p. 263 et suiv., p. 274. Rapprocher : Trib. civil Seine, 29 juin 1938, *Gaz. Trib.*, 4 fév. 1939.

(3) Voir n° 68, note 1.

par les parents du défunt, comme membres de la famille, plutôt qu'en qualité d'héritiers⁽⁴⁾.

On peut se demander, dans certains cas, si l'héritier exerce tel ou tel droit comme représentant du défunt ou en son nom personnel. M. Perreau admet par exemple la transmissibilité du droit à sa propre image ; pour M. Fougerol, au contraire⁽⁵⁾, les actions exercées par l'héritier en vue de s'opposer à la reproduction des traits de son auteur le sont à titre personnel, en vue de protéger l'intérêt d'affection qui lie l'héritier au souvenir vénéré du défunt : l'héritier n'exerce pas un droit du défunt mais un droit propre, dit-il ; il agit de son chef et non *ex persona defuncti* ; il faut avouer que le problème est embarrassant ; certes, l'héritier a un intérêt personnel d'affection qui le lie au défunt et par là son droit lui est personnel, mais il agit aussi comme représentant du défunt : lié au *de cuius* par des liens d'affection, on présume, en effet, qu'il connaît le caractère du *de cuius* et qu'il peut imaginer la réaction psychologique qu'aurait eue le défunt devant la reproduction abusive de ses traits.

Le problème se pose également (mais la solution peut être donnée avec plus de netteté) en ce qui concerne la défense de l'honneur *post mortem*.

Nous savons ce qu'il faut entendre par droit à l'honneur⁽⁶⁾ : laissant les vues purement théoriques, nous avons montré qu'il consiste à porter plainte en diffamation, ou à user du droit de réponse, ou surtout à exercer l'action en réparation du dommage causé par une atteinte à l'honneur.

Supposons que certains outrages soient adressés à la mémoire du mort ; quelles seront les conditions de répression de cette atteinte à l'honneur ?

— Le moyen dont disposent les vivants pour faire respecter la mémoire des morts, celui qui présente le plus

(4) Gény : Des droits sur les lettres missives, tome I, n° 89, p. 232-233.

(5) Fougerol, thèse citée, p. 127 et suiv.

(6) Voir n° 104.

d'avantages pour ceux qui l'exercent, est le droit de réponse, mais il n'est accordé que dans des hypothèses exceptionnelles, puisqu'il faut un délit d'injure ou de diffamation légalement constitué et commis dans un journal ou écrit périodique (7).

— L'article 34 de la loi de 1881 punit la diffamation ou l'injure à la mémoire des morts, mais il ne la punit que si l'auteur a voulu atteindre l'honneur des héritiers, époux ou légataires universels vivants, en attaquant la personne décédée ; outre les éléments constitutifs de la diffamation ou de l'injure proprement dite, le délit comporte l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants, et cet article 34 s'applique à tous les héritiers, quel que soit leur degré de parenté : ainsi la condition imposée par le législateur de prouver l'intention de nuire aux héritiers restreint considérablement le domaine d'application de la loi pénale. Il est exact de dire que la mémoire des morts n'est pas protégée pour elle-même : la loi pénale ne reçoit application que si l'agent a voulu nuire aux héritiers.

Le législateur, en exigeant cette condition, a voulu ménager à l'histoire les franchises dont elle ne peut se passer ; la question est de savoir si les libertés indispensables à la critique historique pour faire œuvre utile justifient le sacrifice imposé par la loi de 1881 : on doit des égards aux vivants, on doit la vérité aux morts, disait finement Voltaire ; certes, mais quelle vérité, celle qui se dégage fangeuse d'un bournier d'injures, ou la vérité au sortir du puits ? (8).

Il ne reste donc aux héritiers que la ressource de l'action civile en réparation du dommage moral causé, mais causé à eux-mêmes : l'outrage à la mémoire d'un

(7) Cf. J. Petit : *Injures et diffamations envers la mémoire des morts*, thèse Nancy 1934, p. 155 et suiv. ; Marcelle Azéma, *thèse citée*, p. 191. c. Voir Garsonnet et Cézard-Bru, *Tr. th. et prat. de procéd.*, tome I, 3^e édit., n° 360, p. 537, note 4.

(8) E. Sandoz : *De la protection du point d'honneur devant les tribunaux*, thèse Paris 1897, p. 222.

mort donne seulement aux héritiers le droit d'exercer une action personnelle en responsabilité pour le préjudice qu'ils peuvent personnellement subir ; encore faut-il déceler une faute ; une faute est indispensable : c'est aux tribunaux, en face de chaque espèce, à décider si l'écrivain a ou non commis une faute.

La recherche de la faute autorise le défendeur à invoquer la vérité des faits qu'il a dévoilés ; l'action civile, d'autre part, n'assure pas une répression suffisante, car la perspective d'une condamnation à des dommages-intérêts ne saurait arrêter un pamphlétaire audacieux.

Ainsi l'héritier n'exerce pas un droit du défunt, mais bien un droit personnel, lorsqu'il défend l'honneur du défunt.

L'héritier, d'autre part, exerce une action personnelle, lorsqu'il réclame le *pretium doloris* à l'auteur de l'accident dans lequel le *de cujus* a trouvé la mort. Le dommage d'affection, en effet, ouvre un droit à indemnité à ceux dont la douleur est suffisante et digne d'intérêt⁽⁹⁾. C'est de même une action personnelle qu'exerce l'héritier à propos des souvenirs de famille : le problème de l'attribution et de la répartition des lettres-missives se pose de la même manière que pour les papiers de famille, titres de noblesse, armes, décorations, portraits et tous autres objets dont la valeur vénale disparaît dans une valeur morale, manifestement prépondérante⁽¹⁰⁾ : c'est en qualité de parents que les héritiers du destinataire de la lettre pourront recueillir une lettre *confidentielle* adressée à leur auteur, mais le propriétaire de la lettre peut, par un testament, en disposer après son décès par un testament régulier⁽¹¹⁾ et la jurisprudence admet par-

(9) Sur le cas de la concubine, v. Savatier, *Rev. trim.* 1938, n° 21, p. 209 et n° 14 ; Givord, *thèse citée*, p. 187 et suiv.

Sur l'état de la jurisprudence administrative, v. Claude-Albert Colliard, Le préjudice en dr. admin. fr., *thèse* Aix 1938, p. 88-90 (A).

(10) Gény, *op. cit.*, tome 2, n° 257, p. 273. — V. René Damoisly, Du droit des héritiers sur les lettres missives reçues ou envoyées par le de cujus, *thèse* Poitiers 1926.

(11) Gény, tome 2, n° 256, p. 272 ; Damoisly, p. 27-28.

fois l'intransmissibilité des lettres confidentielles à l'héritier du destinataire ⁽¹²⁾.

Il faut donc distinguer le droit au souvenir, ou le droit à réparation du préjudice moral causé par la perte d'un être cher, du droit d'invoquer le secret privé des lettres ou du droit de recueillir une lettre confidentielle. Dans les deux premiers cas, l'héritier exerce une action personnelle, il agit au contraire comme représentant du défunt soit pour invoquer le secret, soit pour conserver une lettre confidentielle.

En résumé, il existe certains droits extrapatrimoniaux exercés par l'héritier après la mort du *de cujus*, donc transmis à l'héritier, si nous prenons le mot transmissibilité dans son sens large, puisqu'ils ne s'éteignent pas à la mort de leur titulaire ; mais si nous poussons plus loin notre examen, nous constatons que, dans certains cas, l'héritier exerce une action en son nom personnel ; dans d'autres, il exerce bien une action du défunt, mais il n'est alors que le représentant de son auteur : il faut parler d'une survivance de la personnalité ou de la mémoire du défunt. La transmission des prérogatives d'ordre extrapatrimonial n'est donc pas comparable à celle des droits patrimoniaux qui, eux, véritablement, changent de titulaires.

Nous allons retrouver ces mêmes caractères particuliers en étudiant les actions d'état, et l'action en réparation du préjudice extrapatrimonial.

202. — Actions d'état.

Les actions d'état sont, en principe, intransmissibles ; cependant, dans certains cas, elles changent de caractère à la mort du titulaire et d'extrapatrimoniales deviennent principalement patrimoniales : les héritiers peuvent alors les exercer.

(12) Damoisiey, p. 70-71.

L'action en nullité pour vice du consentement au mariage ne peut être exercée par les héritiers de l'intéressé après son décès : c'est une action intransmissible, en raison des considérations d'ordre moral et purement personnelles qu'elle soulève ⁽¹⁾. Tout le monde est d'accord sur ce point. Les opinions se partagent sur le droit des héritiers de continuer une action que l'intéressé lui-même a intentée, mais qu'il n'a pu mener à bien, en raison de son décès ; on peut invoquer en faveur des héritiers un argument d'analogie, tiré de l'article 330, lequel permet aux héritiers de l'enfant légitime de continuer l'action en réclamation d'état intentée par ce dernier, quoi qu'ils n'aient pas le droit de l'introduire eux-mêmes. Le défunt ayant manifesté clairement sa volonté, il n'y a aucune raison d'interdire à l'héritier de continuer son geste, en poursuivant l'instance ⁽²⁾.

Les héritiers de l'époux offensé ne peuvent ni demander le divorce au nom de leur auteur décédé, ni continuer une action engagée par lui ⁽³⁾.

L'action en réclamation d'état a un caractère personnel à l'enfant dont la filiation est en cause : l'action ne passe pas à ses héritiers, fussent-ils ses enfants ⁽⁴⁾ ; le législateur tempère la rigueur de la règle précédente dans deux cas bien connus ⁽⁵⁾ : 1° si l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq années qui suivent sa majorité (art. 329), ses héritiers agiront à sa place ; 2° l'action a été commencée par l'enfant et non abandonnée par lui (art. 330). Dans les cas restreints où les héritiers de l'enfant succèdent à l'action en réclamation d'état, l'action change

202. — (1) Planiol, Ripert et Rouast, tome 2, n° 292, p. 231. — La loi du 19 février 1933, en ajoutant dans l'art. 184 une référence à l'art. 143 du Code civil, dispose que le mariage nul pour *défaut* de consentement peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le min. public. C'est consacrer la thèse de la nullité absolue ; cf. *Rev. trim.* 1933, p. 437, chron. de M. Lagarde.

(2) Rouast, n° 292, p. 232. Contra Jossierand, n° 844, 3°, p. 461 (partisan de l'intransm. absolue).

(3) Rouast, n° 545, p. 451.

(4) Rouast, n° 764, p. 645.

(5) Rouast, n° 765, p. 646.

de caractère entre leurs mains ; elle devient prescriptible notamment, car l'intérêt en jeu, qui était principalement moral, devient pécuniaire⁽⁶⁾. De même lorsqu'exceptionnellement, l'action en désaveu, qui appartient en principe au mari, est exercée par les héritiers du mari, elle change de caractère, ce qui a pour résultat de permettre aux créanciers des héritiers d'agir au nom de ceux-ci : l'article 317 permet, en effet, aux héritiers du mari d'agir en désaveu après sa mort lorsque celle-ci survient à un moment où le mari aurait pu intenter l'action et ne l'a pas fait, sans cependant y avoir renoncé ; à plus forte raison les héritiers ont-ils le droit de continuer l'instance engagée par le mari, quand elle est encore pendante au jour de son décès⁽⁷⁾.

L'action en recherche de maternité naturelle n'est pas transmissible aux héritiers de l'enfant⁽⁸⁾ ; l'action en recherche de paternité naturelle n'appartient qu'à l'enfant⁽⁹⁾, mais elle peut être exercée au contraire contre les héritiers du père ; une difficulté surgit lorsque tous les héritiers du père ont renoncé à sa succession : le caractère extrapatrimonial de l'action exclut certainement de la qualité de défendeur le curateur à la succession vacante ; on doit décider, semble-t-il, que la renonciation des héritiers n'empêche pas de les poursuivre, lorsque ce sont des héritiers proches, et notamment des descendants ou ascendants, parce que leur renonciation ne rompt pas le lien de famille et laisse subsister leur intérêt à défendre l'honneur de cette famille⁽¹⁰⁾.

(6) Rouast, n° 766, p. 647, sic Josserand n° 1031-1032, p. 561, 562.

(7) Rouast, n° 787, p. 662 ; sic Josserand n° 1060, 2°, p. 581 ; Breton, n° 1033.

(8) Rouast, n° 873, p. 737 ; cons. Civ. 9 mars 1926, S. 1926.1.137, note Vialleton ; D. P. 1926.1.225, note Rouast.

(9) Rouast, n° 916, p. 778 (note 2) ; les héritiers ne seraient même pas admis à continuer l'instance par lui engagée (Paris, 28 mars 1927, S. 1929.2.30).

(10) Rouast, n° 921, p. 781 et 782 (note 2) ; sic Paris, 11 fév. 1933, *Rev. trim.* 1933, p. 862 ; contra Josserand, n° 1224, p. 686 ; comp. Req. 6 oct. 1933, D. H. 1934.35.

Lorsque l'adopté, enfin, meurt au cours de la procédure, l'adoption est impossible, quelque intérêt que ses descendants puissent y avoir ; l'article 369 donne une solution inverse quand la mort frappe l'adoptant ⁽¹⁾.

203. — Action en réparation du préjudice extrapatrimonial.

Aucune raison de principe ne s'oppose à la transmissibilité de l'action en responsabilité, lorsque le dommage dont souffre la victime a été causé à ses biens. La question devient beaucoup plus délicate lorsque le préjudice, tout en restant matériel, au lieu d'être causé aux biens, consiste dans une atteinte à la personne physique, ou lorsque le préjudice est purement moral.

Les héritiers peuvent-ils demander, en leur qualité d'héritiers, la réparation du préjudice souffert par leur auteur ?

Il faut nettement distinguer l'action exercée par l'héritier en qualité d'ayant-cause (celle dont nous nous occupons) et l'action exercée en son nom personnel. L'action en réparation d'un dommage pécuniaire pourra évidemment être exercée par les héritiers.

Quid en ce qui concerne l'action en réparation du dommage extrapatrimonial ? Sur ce point la doctrine est divisée et la jurisprudence rend des décisions en tous sens ⁽¹⁾.

La première théorie est séduisante : les héritiers, dit-on, sont les continuateurs de la personne, donc ils succèdent au droit à réparation ⁽²⁾.

(11) Rouast, n° 1033, p. 873. L'adoption posthume est possible si l'adoptant décède préalablement à l'achèvement de toutes les formalités requises, mais après introduction de la requête à fin d'homologation : le décès de l'adoptant survenu antérieurement à la demande d'homologation rendrait l'adoption impossible (Josserand, n° 1306 bis ; Sic : Req. 17 juillet 1934. S. 34.1.384 ; D. H. 34.506).

203. — (1) Cf. F. Givord, *thèse citée*, n° 186, 187, 188, p. 267 et suiv. (avec références utiles). Voir : H. Perret : Des ayants-droit à indemnité au cas d'accident mortel, *thèse* Paris, 1933, p. 121 et suiv.

(2) En ce sens H. et L. Mazeaud, tome 2, n° 1921, p. 727, 728 et notes. Voir Paris, 25 nov. 1935, *Rev. trim.* 1936, p. 471, n° 5.

La deuxième théorie se fonde sur la distinction suivante : si le *de cuius* est mort avant d'avoir intenté l'action, aucun droit n'est transmis à l'héritier ; par contre, si la victime est morte après avoir intenté l'action, celle-ci est transmise aux héritiers (3).

Une troisième théorie enfin conclut à l'intransmissibilité absolue de l'action en réparation du préjudice moral (4).

Que penser de ces diverses opinions ? L'idée de continuation de la personne du défunt par les héritiers nous paraît inexactement employée ici : cette conception française, qui renferme une part de fiction, ne doit pas être étendue hors de son champ d'application courant, sinon il y aurait un abus de technique (5) ; l'objet de l'action est de fournir à la victime une satisfaction ; la victime est morte, elle ne peut donc plus en recevoir aucune. Accorder aux héritiers le droit d'exercer ou même de poursuivre une action en réparation d'un dommage d'ordre extrapatrimonial aboutirait à leur faire monnayer en dommages-intérêts les souffrances physiques ou morales de leur auteur. Il importe donc peu de distinguer le cas où le *de cuius* a déjà assigné le défendeur de celui où il est resté complètement inactif. La seule objection est que, s'agissant d'atteintes à des sentiments intimes ou à la réputation, ou à l'honneur de la victime, on doit, par respect pour la volonté et la sauvegarde de sa mémoire, faire prononcer une condamnation que les lenteurs de la justice l'ont empêchée d'obtenir elle-même (6) ; mais les héritiers ne pourront évidemment pas demander « l'absurde » (7) réparation du préjudice causé à la victime elle-même par sa propre mort ; il n'y a pas à dis-

(3) En ce sens : Savatier : Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la resp. civile, *Rev. trim.* 1938, p. 194, n° 7.

(4) En ce sens, Givord, *thèse*, n° 187, p. 269 (et notes).

(5) Sic Dubois, *Pretium Doloris, thèse* Lyon 1935, p. 218, note 15.

(6) En ce sens, Planiol, Ripert et Esmein, tome VI, n° 658.

(7) De même, L. Ripert, *thèse*, n° 130, p. 147, t. et note 1.

tinguer suivant que la mort a été ou non instantanée. Sans doute, les héritiers peuvent-ils exercer une action en réparation du préjudice matériel et moral causé à eux-mêmes par la mort de leur auteur, mais c'est là une action qu'ils exercent en leur nom personnel, non en qualité d'ayants-cause. Comme le note M. Givord, les tribunaux favorables au principe de la transmission arbitrent *ex æquo et bono* le montant de la réparation qu'ils estiment due à l'héritier ; ils lui allouent cette réparation tant à titre personnel qu'ès qualités : le fait l'emporte ici sur le droit ⁽⁸⁾.

Nous concluons à l'intransmissibilité absolue des actions en réparation du préjudice extrapatrimonial ⁽⁹⁾ : les héritiers ne pourront donc poursuivre les diffamations dont leur auteur a été victime avant sa mort et dont il n'a pas demandé réparation ⁽¹⁰⁾. Au contraire, étant donné la portée limitée de l'article 34 de la loi de 1881 relatif à la diffamation de la mémoire des morts, nous admettrions volontiers ici que les héritiers puissent continuer une action en réparation d'injure exercée par leur auteur, action que ce dernier n'a pu mener à bonne fin. Il serait souhaitable cependant de voir ériger en délit pénal indépendant le fait d'outrage à la mémoire des morts. En l'absence de texte sur ce point, on peut, semble-t-il, trouver une solution moyenne : l'héritier ne pourrait jamais, en cas d'atteintes à la mémoire du défunt, demander l'octroi d'une indemnité pécuniaire ; seules seraient admises les demandes tendant à une réparation symbolique ou une mesure réparatrice autre que l'octroi d'une somme d'argent (publicité du jugement par exemple, correction de l'édition non fidèle d'une œuvre littéraire).

(8) F. Givord, *thèse*, n° 188, p. 271.

(9) V. cep. Paris, 25 nov. 1935, *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 471, n° 5 et Trib. civil de Lannion, 28 fév. 1939, *D. H.* 1939.207.

(10) Dans ce sens, Trib. civil Seine, 7 avril 1938, *Gaz. Trib.* 26 mai 1938 ; contra chronique Mazeaud, *Rev. trim.* 1938, p. 467, n° 19.

204. — Conclusion.

Le principe d'intransmissibilité des droits et actions extrapatrimoniaux nous paraît relativement exact. On peut classer ainsi les diverses hypothèses pratiques :

— Certains droits ou actions sont viagers, c'est-à-dire qu'ils naissent et s'éteignent avec la personne du titulaire : les actions d'état sauf exceptions, l'action en réparation du préjudice extrapatrimonial selon notre conception sont intransmissibles.

— Certains droits ou actions touchant à la personnalité ou à la mémoire du défunt sont exercés *post mortem*. Il faut alors faire une distinction essentielle :

— Ou bien l'héritier exerce une action en son nom personnel, et dans ces cas il n'y a pas de transmission à envisager : tout le problème consiste à séparer ces exceptions apparentes au principe d'intransmissibilité des exceptions véritables à ce principe ; l'héritier agit *ex persona sua* dans les actions relatives au nom, ou pour demander la réparation du préjudice extrapatrimonial subi par lui-même, en contre-coup de la mort du défunt, ou malgré l'apparence contraire, dans le cas d'outrages à la mémoire des morts (art. 34, loi de 1881).

— Ou bien l'héritier agit *ex persona defuncti* : on dit alors qu'il y a une transmission du droit ou de l'action à l'héritier. C'est là une explication qui, pour ne pas être inexacte, doit être commentée. Lorsqu'un droit patrimonial est transmis par succession, l'héritier devient titulaire du droit : par exemple l'héritier devient propriétaire des immeubles de la succession. Or, en matière extrapatrimoniale, l'héritier n'agit pas en tant que tel, mais en tant que parent : il n'y a pas à proprement parler succession, mais représentation du défunt, continuation de sa personne, selon l'expression du Code civil, mais dans un sens beaucoup plus exact. En conséquence, les règles générales de la dévolution successorale ne régissent pas

cette soi-disant transmission : l'ordre successoral s'inspirera moins du titre d'héritier que du lien de parenté, du lien effectif d'intimité ; certes la parenté fera souvent présumer l'intimité. Il en résulte que les droits extrapatrimoniaux appartiennent malgré leur renonciation à la succession de leur auteur aux parents survivants ⁽¹⁾, ou à la veuve du défunt, après renonciation à la communauté ayant existé entre eux ⁽²⁾ ; ils reviendraient à la famille nonobstant l'institution d'un légataire universel, pris hors de son sein ⁽³⁾ ; la transmission est affranchie des restrictions mises à la disposition des biens : ainsi ils seraient valablement transmis malgré l'insolvabilité de la succession ⁽⁴⁾ ou l'épuisement de la quotité disponible ⁽⁵⁾.

Cette transmission spéciale cadre bien avec le principe théorique de non-transmissibilité : en effet, si les droits extrapatrimoniaux doivent s'éteindre en théorie par la mort de leur titulaire, nos sentiments de respect envers les morts, leurs dépouilles, leurs sépultures, leurs œuvres et leur mémoire nous commandent d'assurer *post mortem* la défense de leurs intérêts moraux. Si nous affirmions, avec M. Demogue ⁽⁶⁾, que les morts sont des demi-personnes juridiques, nous dirions que les morts sont les sujets de jouissance et l'héritier le sujet d'exercice ; mais, avec la majorité de la doctrine ⁽⁷⁾, qui rejette la conception de M. Demogue, nous pensons que la qualité de sujet de droit cesse avec la mort.

L'héritier agit-il en son nom personnel ? ou en qualité d'ayant-cause du défunt ? Nous dirons plutôt qu'il agit en qualité de représentant spirituel du défunt ; sa mission est celle d'un exécuteur testamentaire : le droit de

204. — (1) Turin, 7 avril 1903, S. 1906.4.13, Cons. G. d'Argœuves, p. 144 et 145 ; Maury et Vialleton, n° 193, 2°, p. 253.

(2) Paris, 8 fév. 1896, S. 99.2.215.

(3) Trib. Ajaccio, 2 mars 1906, *Gaz. Pal.* 1906:1.404 ; Toulouse, 25 avril 1904, S. 1905.2.9.

(4) Dijon, 18 fév. 1870, S. 1870.2.212 ; D. P. 71.2.221.

(5) Paris, 24 fév. 1893, S. 93.2.189 ; Cass. 7 avril 1857, S. 57.1.341.

(6) Demogue : *Notions fondamentales*, p. 345 et suiv.

(7) H. et L. Mazeaud, tome 2, n° 1922, p. 729.

poursuite est donc donné à l'héritier afin de sanctionner les atteintes portées à la personnalité des morts ; on pourrait, il est vrai, imaginer un système juridique où cette protection dépendrait de l'action du ministère public ⁽⁸⁾ et où la sanction serait pénale ; mais l'héritier est présumé être au courant des volontés du défunt. Le Droit romain et notre Ancien Droit attribuaient déjà aux héritiers cette défense de la personnalité *post mortem* ⁽⁹⁾, et la jurisprudence, s'inspirant de la distinction jadis proposée par Furgole, admet d'ailleurs l'attribution de l'exercice de cette protection aux parents plutôt qu'aux héritiers ou légataires ⁽¹⁰⁾.

Cependant, il importe de limiter cette représentation à l'exercice des prérogatives non patrimoniales : en cas de diffamations ayant porté atteinte à la mémoire d'un mort, le préjudice n'est pas en vérité subi par le défunt, puisqu'il est mort ; une indemnité pécuniaire compensatrice du dommage ne peut entrer dans le patrimoine du défunt puisque le dommage ne naît effectivement qu'au moment où ce patrimoine a cessé d'exister ; elle ne doit pas, d'autre part, entrer dans le patrimoine de l'héritier ; il faut donc limiter les actions de l'héritier à la réparation symbolique ou en nature du dommage causé, même si l'héritier poursuit une action déjà intentée par le défunt.

On peut dire qu'il y a des règles spéciales de transmission en matière extrapatrimoniale ; il ne s'agit plus de faire bénéficier l'héritier d'un droit ayant une certaine valeur pécuniaire, mais de lui confier *post mortem* une certaine mission de défense de la mémoire de son auteur.

(8) Perraud-Charmantier, *Rev. crit.*, p. 140, à propos du droit moral.

(9) Perreau, p. 529 et notes 1 à 6.

(10) Perreau, p. 530.

SOUS-SECTION 4

IMPOSSIBILITE D'UNE REPRESENTATION GENERALE
PAR AUTRUI POUR LES DROITS ET ACTIONS
DE CARACTERE EXTRAPATRIMONIAL

205. — Les droits extrapatrimoniaux et les créanciers. —
L'art. 1166 du Code Civil.

Nous savons que les situations juridiques extrapatrimoniales présentent un caractère strictement personnel.

Les actes concernant la personnalité peuvent être faits ou les actions qui la protègent peuvent être exercées par le ministère d'un mandataire spécial, pourvu que sa procuration soit explicite et formelle : du moment que les volontés de l'intéressé sont certaines, interdire la pratique du mandat spécial serait un vain formalisme ⁽¹⁾ ; en ce qui concerne la célébration du mariage, cependant, sa solennité exige la présence effective des intéressés ; le mariage par procuration est donc en principe impossible, mais les lois du 4 avril et du 19 août 1915 apportent une exception à cette règle, en faveur des militaires ou marins, présents sous les drapeaux pendant une guerre ou prisonniers de guerre ⁽²⁾.

Il est des personnes à qui la loi donne mandat général de représenter autrui : ce sont les créanciers de tout débiteur et les représentants des incapables ; leur procuration légale étant seulement relative aux intérêts pécuniaires ne leur donne pas qualité pour exercer les droits relevant de la personnalité ⁽³⁾.

La loi, tout d'abord, prévoit un mandat général des créanciers, lesquels sont autorisés à exercer les actions

205. — (1) Perreau, *Rev. trim.* 1909, p. 531 ; Trib. Seine, 2 déc. 1864, *D. P.* 64.2.112 et 19 fév. 1858 (sol. implicite), *D. P.* 63.2.314.

(2) V. Planiol, Ripert et Rouast, n° 213, p. 173.

(3) Perreau, p. 531.

qui appartiennent à leur débiteur afin de faire entrer dans son patrimoine les valeurs auxquelles elles tendent et d'éviter par là la perte qui les menace.

Le texte de l'article 1166 du Code civil ne permet pas aux créanciers de faire tout ce que pourrait accomplir le débiteur : il ne faut pas aller jusqu'à déposséder le débiteur de sa personnalité. De là résulte une série de restrictions qui limitent la portée de l'article 1166.

La seule chose permise aux créanciers est une poursuite dirigée par eux contre un tiers, en exerçant, sous la forme d'une action, un droit appartenant à leur débiteur ; ils ne peuvent au contraire conclure en son nom des actes juridiques et faire acquérir à leur débiteur des droits entièrement nouveaux, sans quoi ce serait atteindre trop gravement la liberté essentielle de l'homme et placer le débiteur sous la tutelle d'autrui (4).

— L'article 1166 ne concerne pas toutes les actions du débiteur : en raison du fondement de l'article 1166, il faut excepter celles dont le résultat serait indifférent pour l'exercice du droit de gage général des créanciers ; en conséquence, les actions étrangères au patrimoine ne sont pas sujettes à la mainmise des créanciers, alors même qu'elles pourraient entraîner accessoirement des répercussions d'ordre pécuniaire ; citons les actions relatives à l'état des personnes : action en désaveu d'un enfant adultérin, tout au moins tant qu'elle appartient au mari, action en réclamation ou en contestation de filiation, du vivant de l'enfant, action en nullité de mariage, tout au moins en nullité relative, car les actions en nullité absolue sont ouvertes à tous ceux qui ont un intérêt né et actuel, demandes en divorce ou en séparation de corps, en interdiction ou en émancipation (5).

(4) Planiol, Ripert et Esmein, n° 900, p. 206 ; G. Lagarde, p. 456, 3°.

(5) Cf. Planiol, Ripert et Esmein, n° 902, p. 209 : « actions extrapatrimoniales » ; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, tome 2, n° 285, actions extrapatrimoniales ; Colin et Capitant, tome 2, n° 253 : « les droits extrapatrimoniaux ». — G. Lagarde, *Collection Beudant*, tome VIII, n° 634, p. 455.

L'article 1166 a statué pour les actions patrimoniales relatives à des biens saisissables : en règle générale, elles peuvent être exercées par les créanciers, mais le texte fait exception pour les actions exclusivement attachées à la personne. Comment reconnaître ces actions ? Il y a là un mélange de considérations patrimoniales et extra-patrimoniales. A quels signes allons-nous savoir que nous sommes en présence de droits exclusivement attachés à la personne ? Remarquons que le dessaisissement du débiteur failli ne s'étendra pas non plus aux droits qui lui sont personnels ⁽⁶⁾. Le champ d'application de l'article 1167 du Code civil est-il le même que celui de l'article 1166 ? La nécessité d'un critère apparaît.

Merlin considérait comme droits attachés à la personne les droits qui, tout à la fois, ne passent pas aux héritiers et ne sont pas cessibles entre vifs ; pour Huc, l'article 1166 concerne les actions relatives aux droits et objets insaisissables ; selon M. Josserand, il faut entendre par droits attachés à la personne des droits dont l'exercice suppose une appréciation d'ordre moral ; ce qui est décisif, c'est le cas de conscience que représente l'utilisation du droit, sa mise en œuvre ; peu importe que de tels droits aient un fondement pécuniaire. Selon d'autres conceptions, il ne faut pas tenir compte du résultat du droit mais de son fondement moral : les droits et actions à fondement moral (même s'ils ont un résultat pécuniaire) sont exclusivement attachés à la personne ⁽⁷⁾.

La jurisprudence utilise principalement le critère de

(6) Percerou : Des faillites et banqueroutes et des liq. judiciaires, 2^e éd.t., avec la collaboration de M. Desserteaux (collection Thaller), tome I, n^o 539 et suiv., p. 704. V. notamment n^o 549.

Cf. la note de M. Pic, *D. P.* 34.2.20 (col. 2), sous Paris, 9 déc. 1932.

V. également Savatier : De l'exercice des actions en d. i. appartenant personnellement au failli, *Rev. gén. du dr. des faill. et liq. judic.* 1938, p. 5 et suiv.

Comp. Duley, *thèse citée*, p. 132, 136 ; v. Cour de Paris, 6 déc. 1938, *Gaz. Pal.* 1939.1.135.

(7) Cf. Louis Duley : De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique, *thèse* Dijon 1935, p. 141 et suiv.

Merlin ou relève l'appréciation d'ordre moral supposée par l'exercice du droit qu'elle veut exclure du gage général des créanciers⁽⁸⁾. Il est classique de constater l'imprécision d'une pareille formule ; prenons l'exemple de l'action en réparation d'un dommage causé à un bien de la personnalité. Lorsque le débiteur a subi une atteinte à son honneur ou à sa réputation, l'action en réparation du dommage causé par l'injure échappe sans aucun doute à ses créanciers.

Quid en ce qui concerne l'action en réparation du dommage causé à sa personne physique ? Les auteurs et les tribunaux ont volontiers affirmé qu'une telle action tendait avant tout à satisfaire la rancune de la personne blessée, laquelle doit pouvoir renoncer à sa vengeance ; c'est là, dit-on, une de ces actions *vindictam spirantes* ⁽⁹⁾.

La solution est à rejeter, pense M. Esmein ⁽¹⁰⁾, car « l'atteinte portée à la personne se traduit avant tout par un préjudice pécuniaire que l'action tend à réparer et ne laisse place à aucune appréciation d'ordre moral, et même au cas où le délit aurait causé un préjudice moral, il n'est pas nécessairement vrai qu'un intérêt moral soit en jeu ; il peut y avoir seulement préjudice immatériel, ce qui ne signifie pas extrapatrimonial ou relevant du domaine de la conscience ».

Il est parfaitement exact qu'un préjudice non matériel peut être évaluable pécuniairement : par exemple le dommage pécuniaire causé à un commerçant par une atteinte portée à sa réputation professionnelle ; mais en la matière l'argumentation de M. Esmein nous semble difficile à comprendre : il vaut mieux, selon nous, distinguer entre les divers éléments qui composent l'indemnité : s'il s'agit

(8) V. Dijon, 26 oct. 1934, *D. H.* 1935.11 ; note Costes, *S.* 1936.2.201 ; Duley, p. 142. — Comp. note Lyon-Caen, *S.* 1886.2.226 (col. 1), Naquet, *S.* 1920.1.249, Nast, *D. P.* 37.2.28 (col. 2).

(9) Planiol, Ripert et Esmein, n° 904, p. 212 (tome VII), texte et note 6 ; comp. Labbé, note *S.* 1881.2.21.

(10) Planiol, Ripert et Esmein, tome VII, n° 904, p. 213.

de demander une indemnité en raison des dépenses faites pour le traitement du dommage corporel, de la privation de salaire, de l'amointrissement de la capacité de travail, l'action n'est pas attachée à la personne ; c'est au contraire à la victime seule qu'il appartiendra de demander une indemnité représentative de la souffrance et de la déchéance physique ⁽¹¹⁾.

L'action en indemnité dirigée contre l'auteur du délit ou quasi-délit ne tend pas certes à la vengeance de la victime mais principalement à réparer la brèche faite dans le patrimoine par l'auteur du délit. Le dommage d'ordre extrapatrimonial subi par le débiteur n'atteint pas, au contraire, le droit de gage général des créanciers : l'exclusion de l'article 1166 ne choque donc pas l'équité.

En résumé, l'article 1166 dépasse le cadre de notre étude puisqu'il envisage des droits et actions pécuniaires, attachés à la personne ; mais son application nous montre combien il est difficile, dans la pratique, de séparer les éléments patrimoniaux des éléments extrapatrimoniaux ⁽¹²⁾.

206. — De la représentation des incapables, relativement aux droits et actions extrapatrimoniaux.

Nous entendons par incapables des personnes possédant tous leurs droits mais n'en ayant point le libre exer-

(11) Cf. Duley, *thèse*, p. 205-206 (références de jurisprudence en note) ; Givord, *thèse citée*, n° 184, p. 265 ; H. et L. Mazeaud, tome 2, n° 1914 à 1918 et n° 1920.

Voir Civ. 9 juillet 1934, *D. H.* 1934.425 ; Toulouse, 4 mars 1938, *Rec. Somm.* 1938, n° 2425 (voir *Rev. trim.* 1938, p. 456, n° 3, chronique Mazeaud) ; « l'article 1166 ne peut être invoqué par des créanciers exerçant au nom de leur débiteur les actions de ce dernier, tendant à la réparation d'un dommage matériel résultant de la diminution des facultés physiques ».

(12) Il en est ainsi notamment en ce qui concerne la saisissabilité du droit d'auteur (stricto sensu) ; v. M-Nouaros, p. 126, n° 71 et suiv. ; Perraud-Charmantier, art. *Rev. crit.* 1937, p. 106 et suiv.

V. sur ces hypothèses délicates G. Lagarde, t. VIII (Beudant), n° 636, p. 457 et suiv.

cice ⁽¹⁾ : l'incapacité d'une personne est parfois l'œuvre arbitraire de la loi (interdits légaux par exemple) ; pour d'autres incapables, au contraire, la loi ne fait que sanctionner un état de choses qui s'impose à elle : l'incapacité légale recouvre alors l'incapacité naturelle ⁽²⁾. Pour protéger les personnes hors d'état d'agir elles-mêmes, la loi ne les frappe pas seulement d'incapacités, elle les met parfois en puissance ; la puissance diffère de l'incapacité en ce qu'elle ne s'applique pas seulement à l'exercice juridique des droits mais à la personne même de l'incapable, qu'elle soumet à la direction d'un protecteur légal ⁽³⁾.

Certains incapables continuent à exercer leurs droits eux-mêmes ; ils sont simplement assistés ou autorisés, mais d'autres incapables sont complètement dessaisis de l'exercice de leurs droits, lequel est confié à une personne chargée de les représenter. *Les incapables assistés* sont en général libres de leur personne : la loi semble moins s'intéresser à la protection de leur personne qu'à celle du patrimoine ; ils font donc librement les actes extrapatrimoniaux ⁽⁴⁾ ; il en est ainsi pour le mineur émancipé, le prodigue ou le faible d'esprit, mais la liberté du mineur émancipé souffre exceptions pour le mariage et l'adoption qui restent soumis aux mêmes autorisations qu'avant l'émancipation ⁽⁵⁾ ; en outre le mineur émancipé, le prodigue ou le faible d'esprit ne peuvent exercer seuls des actions d'état mais le prodigue et le faible d'esprit peuvent se marier, adopter, reconnaître librement un enfant naturel, bien que ces actes extrapatrimoniaux engendrent des obligations pécuniaires, notamment envers des créanciers d'aliments ⁽⁶⁾.

Le mari a qualité, d'après les règles du régime de com-

206. — (1) Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 247, p. 301.

(2) Planiol, Ripert et Savatier, n° 249, p. 302.

(3) Planiol, Ripert et Savatier, n° 250, p. 302.

(4) Planiol, Ripert et Savatier, n° 278, 1°, p. 330.

(5) Planiol, Ripert et Savatier, n° 637, p. 667.

(6) Planiol, Ripert et Savatier, n° 763, p. 792.

munauté, pour exercer les actions mobilières de sa femme ; cependant, il paraît impossible d'étendre la règle aux actions extrapatrimoniales (actions d'état et actions relatives à la capacité) (7), surtout depuis la réforme récente de 1938 ; de même on peut se demander si le mari a qualité pour exercer contre un tiers une action en réparation d'un préjudice personnel à sa femme, par exemple une action pour injure ou diffamation : il y a un intérêt moral en jeu que la femme est seule qualifiée pour apprécier. Il semble que l'on puisse étendre ici l'exception que l'article 1166 a admise pour les actions exclusivement attachées à la personne et décider que le mari ne peut pas exercer les actions mobilières qui, par leur nature et leur objet, sont personnelles à la femme (8). En ce qui concerne le failli, en raison du dessaisissement produit par le jugement déclaratif de faillite, dessaisissement qui ne s'analyse pas du reste en une incapacité (9), c'est le syndic qui agit en son nom ; il en est autrement pour les actions en réparation du préjudice moral (10) et en général pour les actions exclusivement attachées à la personne au sens de l'article 1166.

— *La représentation* des incapables s'étend à tous les actes pouvant les intéresser : les pouvoirs des représentants se limitent cependant, en principe, au patrimoine (11) ; ils n'englobent pas l'exercice des droits extra-

(7) Planiol, Ripert et Nast, tome VIII, n° 626, p. 702.

(8) *Eod. loc.*, p. 703 ; comp. H. et L. Mazeaud, tome 2, n° 1869, p. 665-666. Sur l'hypothèse spéciale de l'action d'un époux victime d'un dommage corporel contre son conjoint légalement responsable du fait qui a provoqué ce dommage, v. note Nast, *D. P.* 37.2.63.

V. Armand-Laroche, L'œuvre de la jurisprudence en matière de régimes de communauté, thèse Bordeaux 1938, p. 49-50 ; Perreau, *Rev. trim.*, p. 532, n° 3.

(9) Percerou : Des faillites, etc., tome I, n° 494, p. 639-640.

(10) Percerou, n° 539, p. 721, note 3 ; Savatier, article *Rev. générale du droit des f. et l. judiciaires* 1938, p. 5, De l'exercice des actions en dommages-intérêts appartenant personnellement au failli.

Cf. Montpellier, 18 mars 1930, *S.* 1930.2.105, note Hémard ; *D. P.* 1930.2.145, note Percerou ; H. et L. Mazeaud, tome 2, n° 1869, p. 669, *Crim.* 4 déc. 1936, *S.* 1938.1.160.

(11) Perreau, *Rev. trim.* 1909, p. 531 (B).

patrimoniaux. Nous avons d'ailleurs noté que c'est en matière de capacité que s'accuse spécialement la divergence relevée entre le système de droit commun et le régime particulier des conventions touchant à des situations juridiques extra-patrimoniales⁽¹²⁾. En pratique, il n'est pas possible de donner une règle générale, car les solutions ne sont pas cohérentes : avant d'exposer les applications du principe selon lequel l'incapable exerce lui-même les droits extra-patrimoniaux, strictement personnels⁽¹³⁾, et les dérogations au principe, il importe de distinguer si l'incapable est ou non doué de discernement.

La capacité de discernement c'est la capacité naturelle, la faculté pour l'individu de conformer ses actes à ce qu'il sait être raisonnable.

— *Si l'incapable est dépourvu de discernement*, il ne saurait accomplir aucun acte ayant une valeur juridique : l'aliéné non interdit est incapable dans ses moments de démence, mais capable dans ses moments de lucidité ; l'incapacité de l'aliéné interdit de naturelle devient légale, l'interdiction supprime légalement les intervalles lucides⁽¹⁴⁾.

Il existe cependant certains actes qui, à raison de leur caractère strictement personnel, ne peuvent émaner que de l'intéressé lui-même, à l'exclusion de son représentant : tels le mariage⁽¹⁵⁾, le testament⁽¹⁶⁾, la reconnaissance d'enfant naturel. L'incapacité d'exercice va se transformer ici en incapacité de jouissance, l'opération ne pouvant être réalisée ni par l'interdit ni par son représentant. La loi exige expressément la participation effective de l'intéressé ; si le sujet est incapable de discernement, il perd la jouissance du droit⁽¹⁷⁾. Ce résultat

(12) Voir n° 192.

(13) Cons. J. Lador : Des droits strictement personnels, *thèse* Lausanne 1933.

(14) Josserand, tome I, n° 541, p. 318.

(15) V. Poitiers, 20 déc. 1933, S. 1934.2.23 ; *Rev. trim.* 1934, p. 387.

(16) Sur la validité du testament d'un interdit judiciaire, v. note Savatier et rapport Pilon, *D. P.* 37.1.33 sous Req. 19 janv. 1937.

(17) Josserand, tome I, n° 544, p. 318.

a paru tellement dur que l'on a proposé de permettre à l'interdit de procéder aux actes en question dans ses intervalles lucides ; la question est particulièrement grave en ce qui concerne le mariage de l'interdit⁽¹⁸⁾ ; le tuteur d'un interdit peut, en tout cas, exercer librement les actions d'état appartenant à la personne qu'il représente : l'effet de l'interdiction ne se restreint pas au patrimoine de l'interdit⁽¹⁹⁾ ; le tuteur peut exercer sans autorisation du conseil de famille l'action en nullité de mariage, l'action en désaveu de paternité, appartenant à l'interdit ; le tuteur peut, avec l'autorisation du conseil de famille, agir en séparation de corps et nous savons que l'action en séparation de corps aboutit, trois ans plus tard, au divorce par conversion au gré de l'autre partie⁽²⁰⁾. A la différence du tuteur de l'interdit judiciaire, le tuteur de l'interdit légal peut prendre l'initiative d'une demande en divorce au nom de l'incapable (art. 234, § 3).

Ainsi, pour l'incapable non doué de discernement, le représentant exerce en son nom un certain nombre d'actions extra-patrimoniales : la seule exception joue à propos d'actes exigeant la participation effective de l'intéressé. Le projet gouvernemental du 13 août 1936 sur le droit d'auteur et le contrat d'édition admet que l'interdit pourra en agissant lui-même, et avec le seul consentement de son tuteur, passer tous les contrats relatifs à l'exercice du droit d'auteur qui lui appartient sur une œuvre littéraire ou artistique (art. 2 du projet).

— *Supposons maintenant un incapable doué de discernement* : un mineur par exemple. La représentation ne sera pas possible pour une série d'actes ayant un caractère personnel, cependant certaines actions extra-patrimoniales, même celles qui exigent l'appréciation la

(18) Josserand, tome I, n° 544, p. 319. V. Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 691-692, p. 718 et s. ; Planiol, Ripert et Rouast, tome 2, n° 97, p. 83.

(19) Planiol, Ripert et Savatier, n° 691, p. 719 et note 6.

(20) Planiol, Ripert et Savatier, n° 704, p. 732.

plus délicate, peuvent être exercées par représentation de l'incapable⁽²¹⁾.

Si l'acte à accomplir exige une manifestation personnelle de volonté, comme dans les cas précités du mariage ou du testament ou de l'aveu de filiation, on peut facilement affirmer que le représentant ne pourra les passer au nom de l'incapable : ces actes sont d'appréciation trop personnelle pour qu'on tolère une représentation de l'incapable ; d'ailleurs, nous savons que le représentant ne peut les passer au nom d'un incapable non doué de discernement, à plus forte raison, ne le peut-il au nom d'un mineur pourvu de discernement.

Le représentant légal ne peut pas, non plus, signer au nom d'un incapable un contrat qui obligerait celui-ci à rendre des services personnels qui engageraient sa personne physique (contrat de travail, par exemple). Il n'y a de doute sur ce point que dans l'hypothèse où le représentant légal exerce sur l'incapable un droit de puissance⁽²²⁾. Il faudrait appliquer le même principe au contrat d'édition⁽²³⁾.

Enfin, pour toute une série d'actes, ayant un caractère personnel, la représentation, dit-on, n'est pas possible : si logique que soit le principe, des raisons d'utilité lui font apporter une double restriction ; la loi d'une part édicte formellement un certain nombre d'exceptions : c'est ainsi que l'adoption d'un enfant peut être réalisée par le consentement de ses représentants, sauf au tribunal à tenir compte de l'opposition du mineur (art. 348) ; l'action en recherche de paternité (art. 340) peut être exercée par représentation de l'incapable, l'article 318 du Code civil stipule que l'action en désaveu de paternité sera poursuivie contre un tuteur *ad hoc*. La jurisprudence d'autre part, en l'absence de textes, admet la représentation de

(21) Savatier, n° 260, p. 312; note Carbonnier, *D. P.* 1935.1.53 sous Civ. 31 oct. 1934. V. Hardoin, examen doctrinal de jurisprudence, *Rev. crit.* 1938, p. 459.

(22) Savatier, n° 259, p. 311.

(23) Cf. J. Rault, p. 131 et suiv. (p. 142). Cf. Projet 13 août 1936.

l'incapable en cas de nécessité pratique : elle reconnaît aux représentants légaux de l'incapable le pouvoir de défendre à toutes actions relatives à leur personnalité, qui seraient intentées contre eux ⁽²⁴⁾ ; elle admet que la représentation de l'incapable est possible en ce qui concerne l'action en nullité du mariage ⁽²⁵⁾.

207. — Conclusion.

Que reste-t-il du principe de non-représentation, en définitive ? Peu de chose. L'interdit et surtout le mineur à partir d'un certain âge devraient cependant être personnellement mis en cause dans les actions d'état les intéressant. C'est d'ailleurs ce que la jurisprudence reconnaît pour le cas particulier d'actions en interdiction ou en dation de conseil judiciaire exercées contre un mineur, à raison de la procédure spéciale de ces actions ⁽¹⁾.

Supposons que l'incapable exerce lui-même les droits attachés à sa personne ; aurait-il pleine capacité sans aucune formalité d'habilitation ? Les intérêts de l'incapable doivent, selon nous, être défendus par son protecteur légal ordinaire : ce dernier devrait seulement l'assister, au lieu de le représenter. Il a été jugé que sans l'assistance de son conseil judiciaire, un prodigue ne cède pas valablement à autrui son nom, comme marque de fabrique ⁽²⁾. De même, si le mineur ou l'interdit étaient personnellement mis en cause dans les actions extra-patrimoniales les intéressant, on devrait exiger obligatoirement l'autorisation du protecteur légal.

Ainsi, en matière extra-patrimoniale, il n'y aurait pas lieu à représentation de l'incapable, celui-ci conserverait

(24) Perreau, *Rev. trim.* 1909, p. 532.

(25) Civ. 26 juillet 1890, *D.* 90.1.290 ; *S.* 90.1.216. V. en ce qui concerne une action en désaveu : Civ. 22 juillet 1844, *S.* 44.1.626.

207. — (1) Cf. Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 260, p. 312 et p. 569, note 3.

(2) Trib. comm. Seine, 19 nov. 1900, *Pand. fr.* 1902.2.64.

sur l'action un droit de contrôle, il devrait, en principe, être assisté ou autorisé.

Le principe du respect de la liberté individuelle aboutirait à une collaboration de l'incapable avec son représentant ; d'ailleurs, seule la décision d'agir lui serait personnelle mais non la qualité de partie au procès : l'incapable introduirait l'action par lui-même, mais le représentant assisterait son pupille dans le procès élevé par lui.

Si maintenant nous jetons un coup d'œil d'ensemble sur cette jurisprudence, nous concluons qu'elle est assez incertaine.

Prenons, par exemple, le cas du mineur : il peut, assisté des personnes qui doivent consentir au mariage, passer le contrat de mariage, il exerce librement les droits de puissance, il peut reconnaître un enfant naturel⁽³⁾. Il ne peut faire un testament qu'après l'âge de 16 ans et seulement pour la moitié des biens dont il peut disposer.

Mais la plupart des actes extra-patrimoniaux peuvent être faits, sauf exception, par les mandataires légaux, munis selon les cas d'habilitations diverses⁽⁴⁾. La loi devrait ménager la transition entre la minorité et la majorité, intéresser le mineur à ses propres affaires avant la fin de la minorité. Le mineur, quel que soit son âge, ne se voit reconnaître aucune participation personnelle à l'exercice des actions concernant son état : c'est en dehors de lui que son adoption est prononcée, que sa filiation est recherchée ou contestée par son tuteur, que celui-ci agit en relèvement de nom (art. 1^{er} *in fine*, loi du 2 juillet 1923). Toutes ces solutions sont manifestement exagérées : « A partir de 16 ans, par exemple, on pourrait avantageusement exiger la mise en cause personnelle du mineur dans les actions intéressant son état et

(3) Perreau, *Rev. trim.* 1909, p. 534 et 535 (notes 1 et 2).

(4) Planiol, Ripert et Savatier, n° 278, p. 330.

subordonner à son consentement l'exercice fait en son nom des actions considérées comme exclusivement réservées à la personne » ⁽⁵⁾.

En l'état actuel du droit français, il est inexact d'affirmer l'inapplication de la représentation générale par autrui aux droits et actions extra-patrimoniaux : le principe joue seulement en ce qui concerne les créanciers. Il ne s'applique pas aux représentants de l'incapable.

208. — Conclusion de la section. Jurisprudence opportuniste.

On a tenté de grouper sous la dénomination de droits extra-patrimoniaux les prérogatives inhérentes à la personne en cette qualité et consistant en puissances dont elle est investie, pour assurer l'épanouissement de ses intérêts propres : vie, intégrité corporelle, individualité, liberté, dignité, honneur, intimité. Le but du groupement était évidemment de soumettre tous les droits en question à un régime homogène et d'en fixer les règles douteuses, au moyen d'analogies, fondées sur une profonde identité de nature ⁽¹⁾.

La difficulté de cette réalisation surgissait de l'extrême généralité de son point de départ; nous avons donc, dans le chapitre précédent, essayé de démontrer l'inexistence d'un certain nombre de prétendus droits extra-patrimoniaux : cette recherche nous a permis de distinguer des actions extra-patrimoniales, les quelques droits extra-patrimoniaux. Nous avons pu ainsi, semble-t-il, poser avec plus de netteté le problème de la synthèse juridique des droits et actions extra-patrimoniaux.

Sommes-nous parvenus à dégager des caractères juridiques communs ? Nous le croyons ; cependant, si nous avons relevé certaines tendances propres à ces situations juridiques, nous n'avons pu dresser une liste de caractères

(5) Planiol, Ripert et Savatier, n° 529, p. 570.

208. — (1) Gény, Science et technique en droit privé positif, tome 3, n° 225, p. 231.

res particuliers les séparant nettement des droits proprement patrimoniaux.

La notion pure et homogène des droits extra-patrimoniaux, nous la trouvons en étudiant le droit moral de l'auteur : c'est à propos de lui que les auteurs ont le plus facilement usé de l'expression droit non patrimonial. Or les caractères du droit moral ne sont pas aussi tranchés qu'on le croit en première analyse : il est incessible mais la cession du droit pécuniaire le diminue indirectement, il est intransmissible mais peut être exercé dans son élément négatif par l'intermédiaire des personnes liées à l'auteur par une solidarité morale et intellectuelle, il est imprescriptible, mais en pratique aucun cas d'application du droit moral ne s'est présenté après l'expiration du délai de 50 ans à compter de la mort de l'auteur⁽²⁾.

Il faut reconnaître que les oppositions tranchées que l'on pouvait imaginer en théorie entre les caractères juridiques des droits patrimoniaux et ceux des droits extra-patrimoniaux, n'apparaissent pas en pratique. Les tribunaux, dans le silence à peu près complet de la loi, tiennent compte des faits de l'espèce, des circonstances générales : par exemple, par la force des choses, les tribunaux repoussent beaucoup d'actions tardives, en prenant simplement la possession pour sa valeur de fait. En matière de conventions relatives à des droits extra-patrimoniaux, les tribunaux useront de la notion de cause illicite pour déclarer la convention valable ou non valable.

On peut donc conclure que si quelques grands principes ont été aperçus, en fait, la jurisprudence est opportuniste ; ces hésitations, ces contradictions, ces notions assez floues tiennent à ce que la notion de droit extra-patrimonial prend rarement une individualité nette : les prérogatives les plus immatérielles en effet dépassent bien vite la sphère propre de la personnalité restreinte à elle-

(2) M-Nouaros, thèse citée, n° 69, p. 123, note 3.

même ; de multiples rapports s'établissent entre les situations juridiques patrimoniales et les situations non patrimoniales : ce sont eux que nous allons maintenant étudier.

SECTION 2

DES RAPPORTS EXISTANT ENTRE LES SITUATIONS JURIDIQUES EXTRAPATRIMONIALES ET LES DROITS PATRIMONIAUX

209. — Division.

La distinction des droits patrimoniaux et des droits extra-patrimoniaux n'est pas tranchée.

Nous étudierons les diverses hypothèses de rapprochements des situations juridiques patrimoniales et des situations juridiques non patrimoniales en une Sous-Section 1, puis nous envisagerons en une Sous-Section 2 les influences réciproques des notions de personne et de patrimoine.

SOUS-SECTION 1

HYPOTHESES DE RAPPROCHEMENTS DES SITUATIONS JURIDIQUES PATRIMONIALES ET NON PATRIMONIALES

210. — Plan.

Il importe de distinguer d'une part la transformation d'une situation juridique non patrimoniale en un droit patrimonial autonome et d'autre part la coexistence des deux caractères patrimonial et non patrimonial, lesquels, loin de s'exclure, se combinent⁽¹⁾.

210. — (1) En ce sens : P. Voirin, Les biens, n° 7, p. 6. Comparer A. Légal : Cours de doctorat professé à Grenoble : Droit civil approfondi : « La notion de patrimoine », 1^{re} partie, chap. 1^{er}, titre 1^{er}, section 2^e, par. 2.

Dans ce cours, M. Légal distingue les conséq. patrimoniales déterminées par la naissance d'un dr. patrimonial dérivé d'un dr. extrapatrim., et celles résultant de la lésion d'un dr. extrapatrimonial.

Paragraphe 1

TRANSFORMATION D'UNE SITUATION
JURIDIQUE EXTRAPATRIMONIALE
EN UN DROIT PATRIMONIAL

211. — L'action en réparation d'un préjudice extrapatrimonial. Lésion d'un bien inné.

La plupart des droits extra-patrimoniaux, notent les auteurs, ne produisent d'effets juridiques qu'autant qu'ils ont été lésés par une autre personne ⁽¹⁾ : ils donnent lieu alors à une réparation civile ou pénale.

Nous avons montré, en effet, que certains droits ou prétendus droits extra-patrimoniaux ne sont, en réalité, que des droits sanctionneurs, c'est-à-dire des actions. Ces actions, nous les déclarons extra-patrimoniales parce que le demandeur à l'action a en vue, non pas la réalisation d'un bénéfice économique mais la satisfaction d'un intérêt non pécuniaire : ainsi le demandeur à l'action en réparation du préjudice moral subi par suite de la diffamation du défendeur cherche à recouvrer l'honneur ; l'enfant qui exerce l'action en recherche de paternité est intéressé à l'établissement d'une vraie filiation ; le résultat de l'action est le rétablissement d'un fait naturel exact, il est non pécuniaire.

Cependant, les conséquences de l'exercice de ces droits sanctionneurs sont souvent d'ordre patrimonial : si le résultat idéal d'une action en réparation est de parvenir à effacer le dommage causé par la faute du défendeur, si donc la victime d'un préjudice extra-patrimonial a le droit d'exiger une condamnation en nature ⁽²⁾ (par exemple la publicité du jugement de condamnation au cas de diffamation), il arrive fréquemment que faute d'obtenir une « réparation du dommage extra-patrimonial », la victime demande soit une réparation symbolique, soit

211. — (1) Cf. Picard : Les biens, n° 23, 1°, p. 27.

(2) Cf. H. et L. Mazeaud, tome 3, n°s 2303 et suiv., p. 348 et suiv.

une indemnité pécuniaire. Dans ce cas d'octroi d'une indemnité pécuniaire, il y a transformation d'une situation juridique extra-patrimoniale en un droit patrimonial : le droit de créance d'indemnité né du jugement.

La question de l'opportunité d'une réparation pécuniaire du dommage moral ou extra-patrimonial a été maintes fois traitée par les auteurs⁽³⁾ ; le sujet est classique et Eschine reprochait déjà à Démosthène d'avoir reçu de l'argent de Midias en réparation d'un soufflet. Les systèmes les plus divers se sont affrontés, les adversaires s'accusant réciproquement de matérialisme, soit parce qu'ils voulaient monnayer les sentiments d'affection ou d'honneur, soit parce qu'ils refusaient, en cas de violation de ces sentiments, une réparation équitable.

La jurisprudence est en principe fixée : elle accorde une réparation en argent, lorsqu'un autre mode de réparation est impossible à réaliser, ou même lorsque le tribunal estime le mode pécuniaire préférable au mode de réparation dit « en nature », parce que ce dernier serait par exemple trop vexatoire pour le défendeur, eu égard au dommage effectivement subi par le demandeur.

Quel est alors le fondement de cette indemnité pécuniaire ?

Doit-on voir dans cette indemnité pécuniaire, une sorte d'amende au profit de la victime, ayant pour but de compléter les lacunes du Code pénal, de sanctionner certains droits ? Est-ce donc une sorte de peine privée ?

La théorie du préjudice moral constitue, suivant les uns, le palais, suivant les autres, le tombeau de la peine privée, écrit M. Hugueney⁽⁴⁾ : c'est la thèse et c'est l'antithèse, l'une et l'autre fort absolues, l'une et l'autre pure-

(3) V. sur les différents points de vue. l'exposé systématique de Dubois, *Pretium Doloris. thèse* Lyon 1935. — Comp. en dr. allemand la portée de l'art. 847 du B. G. B. et des art. 823 et 1300. — Sur la réparation du dommage moral causé au créancier par l'inexécution du contrat, voir Esmein, tome 7, n° 857 (et notes); cf. Mantelet, *La réparation du préjudice moral, th.* Paris, 1907.

(4) L. Hugueney : *L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse* Dijon 1904, p. 269, 270.

ment logiques. Nous ne reviendrons pas, quant à nous, sur cette question célèbre⁽⁵⁾ : remarquons seulement que les tribunaux, selon les espèces, inclinent vers la théorie de la peine privée ou la théorie indemnitaire⁽⁶⁾ ; l'idée de peine privée inspire assurément certaines des décisions jurisprudentielles ; dans d'autres cas, elle n'est qu'un succédané de la notion de réparation pécuniaire. Toujours est-il qu'un fait demeure : dans certains cas, la violation d'un bien non patrimonial aboutit à faire entrer dans le patrimoine de la victime un droit patrimonial⁽⁷⁾.

212. — Droit patrimonial dérivé d'une situation juridique extrapatrimoniale : L'état des personnes et les conséquences de l'état. Le nom commercial.

Il faut distinguer de l'état et des actions d'état leurs conséquences patrimoniales ; il convient avec M. Savatier⁽¹⁾, de sous-distinguer suivant l'époque où on les considère : le droit pécuniaire est inhérent à l'état ; puis le droit pécuniaire qui dérive de l'état se sépare de lui ; ainsi le droit de succéder est inhérent à la parenté ; après la mort du parent dont on hérite, le droit de succéder devient disponible, il se détache de l'état. De même le droit de demander des aliments à ses proches est inhérent à l'état, mais les arrérages de la pension alimentaire se détachent de l'état à chaque échéance, et deviennent disponibles.

(5) V. Dorville, *thèse citée*, Paris 1901 ; Baleston : De la protection de l'intérêt moral, *thèse* Paris 1906, p. 79 et suiv. ; Michel Veliciu : De la réparation pécuniaire du préjudice moral, *thèse* Paris 1922, p. 94 et suiv. ; Jean Ganot : La réparation du préjudice moral, *thèse* Paris 1924, p. 187 et suiv. ; Roger Tribes : Fondement et caractères de la réparation du préjudice moral, *thèse* Montpellier 1932 ; L. Ripert, *thèse citée*, p. 161, n° 145 ; F. Givord, *thèse* 1938.

(6) Cf. Givord, *thèse citée*, p. 255, n° 177 à 180.

(7) Il importe évidemment de bien distinguer du préjudice moral que nous étudions, cad. le préjudice extrapatrimonial, le préjudice dit mixte : ainsi celui résultant pour un commerçant d'une diminution de sa clientèle, à la suite de diffamations le concernant. Pour cette terminologie, v. Claude-Albert Colliard : Le préjudice en droit administratif français, *thèse* Aix 1938, p. 69 et 76.

212. — (1) Planiol, Ripert et Savatier, tome I, n° 21, p. 19.

— Nous pouvons trouver parmi les droits déterminateurs des hypothèses où ces droits se transforment en un droit patrimonial : lorsqu'une personne entreprend un commerce et utilise son nom comme signe de ralliement de la clientèle, le droit au nom patronymique se détache de la personnalité et s'incorpore au fonds de commerce, il devient donc un élément d'un bien patrimonial⁽²⁾. L'action en réparation, d'autre part, peut naître de la violation d'un droit ou d'un bien extra-patrimonial : il peut donc se faire qu'une indemnité pécuniaire soit allouée par un jugement à la suite d'une action tendant à sanctionner le droit moral de l'auteur, ou le droit au nom patronymique.

Paragraphe 2

COEXISTENCE DES DEUX ELEMENTS PATRIMONIAL ET NON PATRIMONIAL

213. — Droits patrimoniaux à caractère personnel.

De la transformation d'une situation juridique non patrimoniale en un droit patrimonial, il faut distinguer les droits patrimoniaux à caractère personnel ou attachés à la personne.

Ce ne sont pas des droits extra-patrimoniaux car ils sont évaluables en argent, ils constituent des biens : nous avons adopté en effet la conception restrictive quant à la notion de droit extra-patrimonial⁽¹⁾, or les droits que nous envisageons ont pour résultat direct un bénéfice d'ordre économique, ce sont donc des droits patrimoniaux. Il est à notre sens inexact d'affirmer que leur objet est d'assurer et de faciliter à l'homme le libre développement de sa personnalité⁽²⁾ : la discrimination des droits selon les intérêts protégés est une méthode douteuse, il vaut

(2) Voirin : Les biens, n° 7, p. 6 (t. et note 2).

213. — (1) Voir 1^{re} partie, n°s 3 et 126.

(2) Comp. Bérard, *thèse*, p. 182.

mieux utiliser le critère de l'objet⁽³⁾ ; il serait exact, avons-nous remarqué, d'affirmer que tout droit est attaché à la personne puisque la science juridique ne connaît d'autre sujet de droit que la personne humaine, mais c'est là une vérité philosophique dont le droit ne tient pas compte pratiquement : les droits pécuniaires ont généralement un caractère abstrait⁽⁴⁾, c'est-à-dire qu'ils peuvent indistinctement servir à telles ou telles fins ; « presque tout intérêt est moral par certains côtés et presque tout se ramène à un intérêt pécuniaire par certains autres, si l'on prend les choses de haut ; en effet, le bien le plus matériel : un champ, un livre, est pour moi une source de plaisirs par l'usage dont il est susceptible, les souvenirs qu'il rappelle »⁽⁵⁾.

Et de même si l'on qualifie le droit d'auteur (*stricto sensu*) de droit de la personnalité, parce que l'œuvre est le propre fait de l'homme, il faut avec Ihering⁽⁶⁾ faire remarquer que l'on devrait appliquer alors cette qualification au droit de propriété obtenu par occupation ou spécification⁽⁷⁾.

En vérité, considéré dans le patrimoine, le droit est généralement détaché de la personne : les droits ainsi acquis ne sont plus enfermés dans la personnalité, ils s'en sont séparés, ils sont devenus des droits concrets.

Le spectateur qui ne peut assister à la représentation par suite du vol de son billet est lésé beaucoup plus en raison de sa soirée manquée que par suite de la perte pécuniaire, le collectionneur à qui un vendeur refuse de livrer un objet d'art « déniché » avec peine souffre plus

(3) Dans ce sens, de Boor : *Urheberrecht und Verlagsrecht* Stuttgart 1917, p. 23, 24 ; Michaelis : *Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse und « droit moral » des französischen Rechts* ; dissert. Berlin 1926, p. 31, 32 ; voir Michaelidès-Nouaros, *op. cit.*, n° 19, p. 41, note 2.

(4) M-Nouaros, n° 19, p. 41, note 2.

(5) Demogue : *Notions fondamentales du droit privé*, p. 183, 184.

(6) Ihering : *Actio injuriarum*, Paris 1888, p. 153 (trad. O. de Meulenaere).

(7) Comp. Bérard, *thèse*, p. 181.

dans sa passion de collectionneur que dans son patrimoine.

Ainsi, dans toute opération patrimoniale, il est un certain aspect non pécuniaire dont on ne tient pas compte habituellement pour assurer plus de régularité juridique et éviter des appréciations arbitraires. Celui qui enlève le billet de théâtre attaque un droit concret : le droit de propriété ; il n'attaque point la personnalité du propriétaire ; de même l'antiquaire qui refuse la livraison d'un objet vendu ou l'imprimeur qui perd un manuscrit n'attaquent pas la personnalité de l'acheteur ou de l'auteur.

Celui qui m'empêche d'acheter un billet de théâtre, celui qui plagie mon manuscrit attaquent au contraire ma personnalité.

L'objet des droits extra-patrimoniaux est donc la jouissance de ces biens extra-patrimoniaux, immatériels, innés, que constituent l'honneur, la réputation, etc.⁽⁸⁾. Au contraire, l'objet d'un droit patrimonial à caractère personnel est de faire entrer dans le patrimoine de leur titulaire une certaine valeur économique.

Certes, le droit extra-patrimonial s'exerce souvent à l'occasion d'une valeur patrimoniale ; il peut aboutir indirectement à faire entrer dans le patrimoine de son titulaire une indemnité pécuniaire ; mais tel n'est pas son objet. D'autre part, il est évident que certains droits patrimoniaux ne sont pas facilement évaluables ; voici par exemple un porteur d'obligations avec prime, la compagnie débitrice tombe en faillite avant le complet remboursement, quel sera le droit de ce porteur ? Le meilleur sera souvent un jugement *ex aequo et bono* par le juge du fait mais c'est là une difficulté accessoire, l'objet du droit du porteur est certainement d'ordre économique⁽⁹⁾.

Tout droit, donc, qui est évaluable en argent, ou mieux

(8) M-Nouaros, *op. cit.*, n° 19, p. 41, note 2.

(9) Exemple emprunté au cours de M. Légal.

dont l'objet immédiat est de procurer à son titulaire un enrichissement pécuniaire, est patrimonial ; en conséquence le droit privatif d'exploitation de l'auteur, le droit de jouissance légale du père de famille sur les biens de son enfant mineur, l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude du donataire sont des droits et actions patrimoniaux. Il en est de même pour l'indemnité pécuniaire qui peut être allouée, faute de mieux, dans le cas de violation d'un bien extra-patrimonial.

Le problème consiste à qualifier le droit patrimonial à caractère personnel, c'est-à-dire à décider quel est celui des deux caractères, patrimonial ou personnel, qui doit être regardé comme l'emportant sur l'autre⁽¹⁰⁾, étant donné que tout droit est attaché à la personne par certains côtés.

214. — Impossibilité de trouver un critère des droits patrimoniaux attachés à la personne. Essai d'énumération.

Il n'existe pas de critère mécanique pour reconnaître un droit patrimonial attaché à la personne. M. Bérard qui a consacré sa thèse aux droits à caractère personnel n'établit pas son système sur l'article 1166, car il entend présenter une théorie indépendante⁽¹⁾ ; la théorie de M. Bérard est séduisante, mais en vérité les droits étudiés présentent entre eux un lien scientifique ténu et comme, d'autre part, la théorie de M. Bérard a été imaginée dans un cadre précis : les droits à caractère personnel dans les régimes de communauté, on peut se demander s'il n'y a pas là une première source de difficultés ; les droits à caractère personnel dans les régimes de communauté ne

(10) Comp. G. Lagarde (collection Beudant), tome VIII, à propos de l'action oblique, n° 636, p. 457 (hypothèses délicates).

214. — (1) Bérard, *thèse*, p. 180. Comp. Roger Garros : De l'insaisissabilité des droits et des choses de caractère personnel, *thèse* Bordeaux 1913, p. 15 et suiv.

sont peut-être pas les mêmes que ceux attachés à la personne du débiteur (théorie de l'art. 1166 et du dessaisissement en matière de faillite).

Nous savons que plusieurs critères relatifs aux droits attachés à la personne (1166) ont été présentés ; aucun n'est parfaitement exact. A défaut de critère, essayons donc de classer les principaux droits patrimoniaux à caractère personnel (*largo sensu*) :

— Il existe des droits à caractère personnel en raison de leur origine : c'est par exemple le droit privatif d'exploitation ou le droit de l'officier ministériel sur la finance de l'office, c'est-à-dire le droit de présentation ; ces droits sont personnels en ce sens qu'ils résultent du travail personnel de l'auteur ou de l'officier ministériel.

— Certains droits sont dits à caractère personnel en raison de la destination, de l'affectation de leur valeur patrimoniale : citons le droit du créancier alimentaire sur sa pension, le droit de jouissance légale du père sur les biens de son enfant mineur ⁽²⁾, le droit du conjoint survivant sur la rente viagère réversible ou sur le capital de l'assurance contractée à son bénéfice pendant le mariage, ou encore le droit de créance d'indemnité pécuniaire, allouée à la suite d'une violation d'un bien extrapatrimonial, à titre de réparation.

— Certaines prérogatives enfin dont le résultat immédiat est d'ordre économique supposent une appréciation d'ordre moral : c'est par exemple l'action en séparation de biens ou l'action en révocation d'une donation pour ingratitude du donataire.

Si cette classification apporte quelque clarté à première vue, il faut par une analyse plus poussée montrer combien elle est superficielle :

— Doit-on compter parmi les droits à caractère per-

(2) Certains auteurs dans la conception extensive, qualifient ce droit d'extrapatrimonial (par ex. Légal, cours doctorat). Nous croyons que ce droit est patrimonial, et M. Marmion en tire une conséq. intéressante (p. 118) ; le droit d'usufruit pourrait disparaître du consent. du père.

sonnel en raison de l'origine la propriété qui est le prolongement de la personnalité humaine ? le libre travail de l'artisan donne-t-il lieu à un droit à caractère personnel, lorsqu'à la suite d'un louage d'ouvrage, il est créancier envers le maître de l'ouvrage d'une certaine somme d'argent ? non, dit-on, et cependant on doit tenir compte de l'intelligence, du bon renom et de l'aptitude professionnelle de l'artisan. Le médecin ou l'avocat, disent certains, ont un droit sur leur clientèle qui leur est personnel⁽³⁾, mais l'artisan n'a, remarquons-le, qu'un droit patrimonial ordinaire.

L'incertitude est encore plus grande en ce qui concerne l'appréciation d'ordre moral supposée par l'exercice de certains droits patrimoniaux, M. Jossierand⁽⁴⁾ dit par exemple à propos de l'action en dommages-intérêts née d'un accident qui a causé des dommages matériels, que « l'exercice de telles voies de droit ne pose pas à vrai dire un cas de conscience et M. Duley⁽⁵⁾ se montre surpris d'une telle solution, car, dit-il, l'atteinte à la personne physique peut émaner d'un parent, d'un ami maladroit ou furieux, d'un automobiliste obligeant : des considérations d'ordre moral peuvent intervenir. Nous pensons que M. Duley pousse un peu loin la notion de considérations morales ; surtout dans le cas étudié par M. Duley, c'est-à-dire l'action oblique, nous trouvons deux séries d'intérêts opposés : ceux pécuniaires mais parfaitement légitimes des créanciers et ceux d'ordre moral du débiteur ; nous pensons qu'un débiteur insolvable pousse un peu loin la délicatesse, qui refuse de demander l'octroi de dommages-intérêts auxquels il a droit. La conception de M. Duley nous entraînerait fort loin car l'exercice de tout droit patrimonial suppose l'appréciation de considérations morales.

(3) P. Albessard : Etude juridique de la clientèle des professions libérales, *thèse* Toulouse 1936, p. 39.

(4) Jossierand, *Cours*, tome 2, n° 667.

(5) Duley, *thèse citée*, p. 157.

En définitive, il paraît aussi difficile d'énumérer les droits à caractère personnel que de donner un critère utilisable⁽⁶⁾. C'est que les besoins sociaux peuvent faire apparaître comme nécessaires de nouveaux droits à caractère personnel, la loi ne nous a pas donné le moyen de les reconnaître⁽⁷⁾, peut-être a-t-elle eu raison de laisser au juge une certaine liberté d'appréciation.

Ces incertitudes nous permettent cependant de conclure à l'opportunité de la distinction que nous avons admise entre les droits non patrimoniaux d'une part et les droits patrimoniaux à caractère personnel d'autre part. Les droits patrimoniaux à caractère personnel sont des droits à objet économique qui présentent d'après la loi ou surtout la jurisprudence, un lien plus intime avec notre personnalité que les autres droits patrimoniaux⁽⁸⁾. Les droits extrapatrimoniaux n'ont pas un objet de nature économique, ils peuvent seulement indirectement avoir des conséquences pécuniaires⁽⁹⁾. Cette distinction

(6) En ce sens : Duley, *op. cit.*, p. 176.

(7) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire*, tome 2, n° 284.

(8) Le phénomène de l'intuitus personae, cad. l'influence décisive de la considération de la personne d'un des contractants sur le consentement de l'autre, nous permet également de constater l'existence de « droits patrimoniaux à caractère personnel ». Mais M. Valleur montre dans sa thèse : *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris 1938, n° 2, p. 13, que si généralement le lien intuitu personae est attaché à la personne, il n'en est pas toujours ainsi. V. en ce sens Duley, *op. cit.*, p. 145, 146 et surtout Larombière, tome I, sous l'art. 1122, n° 7.

(9) La distinction est assez délicate dans un cas : comment distinguer l'action en révocation d'une donation pour ingratitude de l'action en réparation du préjudice extrapatrimonial ? L'action en réparation peut aboutir à un résultat pécuniaire, l'action en révocation de la donation est une véritable sanction de la faute commise par le donataire à l'encontre du donateur.

On pourrait dire que l'action en révocation est une action extrapatrimoniale, mais elle est immédiatement évaluable en argent, elle est donc patrimoniale à caractère personnel.

On pourrait réciproquement qualifier de patrimoniale à caractère personnel l'action en réparation du préjudice moral aboutissant à une indemnité pécuniaire, mais nous croyons que l'action en réparation est une action extrapatrimoniale, car l'action basée sur l'art. 1382 est l'action injuriarum du droit moderne ; avec cette action, le demandeur peut non seulement se voir allouer une somme d'argent, mais obtenir une satisfaction en nature, ou le rétablissement des choses dans l'état correspondant au droit du demandeur, ou la garantie contre le renou-

se précisera encore avec l'étude des caractères juridiques des droits patrimoniaux à caractère personnel, ce qui nous permettra de noter l'importance de l'influence exercée par les notions extrapatrimoniales sur le régime juridique des droits patrimoniaux.

Sous-section 2

CARACTERES JURIDIQUES DES DROITS PATRIMONIAUX A CARACTERE PERSONNEL

215. — Plan.

En règle générale, les droits patrimoniaux sont cessibles, prescriptibles, transmissibles par succession, et saisissables. C'est la pensée de M. Capitant lorsqu'il écrit : « Les droits sont susceptibles de se transmettre, de se modifier, leur contenu dépend dans une large mesure des accords qui se forment entre les individus... » ⁽¹⁾. Les droits extrapatrimoniaux présentent en principe les caractères inverses.

Lorsque les deux éléments : élément patrimonial et élément personnel coexistent, leur combinaison va limiter le développement des conséquences que chacun d'eux entraîne normalement. Nous étudierons donc en un premier paragraphe les conséquences entraînées par l'élément patrimonial, en un second celles entraînées par l'élément personnel.

vement dans l'avenir d'atteintes à ses biens innés (voir M-Nouaros, n° 179, p. 305).

On pourrait enfin se demander si l'action en révocation n'est pas une action en réparation du préjudice moral causé par l'ingratitude du donataire, mais avec cette nuance que l'indemnité est fixée forfaitairement au montant de la donation. Cependant, notons que le donateur pourrait se contenter de la réprobation morale soulevée par l'ingratitude du donataire, ici son action a pour résultat immédiat l'entrée dans son patrimoine d'une certaine valeur économique, avec cette action il n'existe pas de possibilité d'une sanction en nature. C'est donc une action patrimoniale, mais attachée à la personne du donateur.

215. — (1) Capitant, art. *Rev. trim.* 1928, p. 372.

Paragraphe 1

CONSEQUENCES JURIDIQUES DU CARACTERE
PATRIMONIAL DES DROITS

216. — Cessibilité.

Une distinction préliminaire est essentielle : si les produits pécuniaires du droit ont été perçus, les produits sont certainement cessibles. Ainsi les valeurs patrimoniales résultant de l'exercice d'un droit personnel en raison de son origine sont cessibles ; la théorie inverse conduirait à des absurdités : le médecin, l'avocat, l'auteur utilisent comme ils veulent leurs honoraires ou les produits pécuniaires du droit privatif d'exploitation. De même les sommes reçues par le créancier alimentaire sont à sa disposition ; le père de famille utilise les sommes qu'il tire de la jouissance des biens de son enfant mineur ; de même le donateur qui est rentré en possession de la donation qu'il a révoquée par suite de l'ingratitude du donataire, peut vendre le cadeau qui vient de lui faire retour.

Quid maintenant, en ce qui concerne le droit lui-même ? c'est-à-dire le droit de créance, le droit privatif d'exploitation, le droit de clientèle, le droit d'usufruit ou l'action en révocation ?

Les solutions varient : l'auteur peut céder son monopole d'exploitation, dans les professions libérales la cession de clientèle est possible. Cependant, l'avocat, par suite d'un empêchement d'ordre disciplinaire, ne peut valablement céder la sienne ; en général, la jurisprudence condamne la cession de clientèle médicale en invoquant l'élément de confiance qui fait partie inhérente de la profession médicale, mais elle reconnaît comme licite l'engagement de présenter son successeur à sa clientèle et de ne pas exercer la médecine dans un certain rayon autour de son ancienne résidence ⁽¹⁾. Dans la vente du

216. — (1) Planiol, Ripert et Hamel, tome X, n° 334.

fonds de commerce, est compris l'achalandage dû pour une bonne part à l'initiative et à l'amabilité du commerçant, comme dans ces cafés d'habituez tel que celui décrit par Huysmans « où la porte ne s'ouvre que sur des visages connus qui provoquent dès leur entrée des hourras et des rires ».

Peut-on céder une action patrimoniale dont l'exercice suppose l'appréciation d'un sentiment moral ? l'action en fait ne se cède pas, mais on peut en principe céder l'action en révocation d'une donation pour ingratitude ; au contraire l'action extrapatrimoniale en réparation d'un préjudice moral doit être déclarée intransmissible. D'ailleurs le donateur aura la faculté personnelle de pardon, quitte à indemniser le cessionnaire dont l'action se heurtera à une fin de non-recevoir⁽²⁾.

Nous verrons que les droits qui permettent à leur titulaire d'exercer une fonction, ou les droits à caractère alimentaire, sont en principe incessibles. Le droit de créance d'indemnité né du jugement à la suite de la transformation d'une situation juridique extrapatrimoniale est-il cessible ?

Faisant partie du patrimoine de la victime comme un bien quelconque, les dommages-intérêts, même s'ils compensent la lésion d'un droit exclusivement attaché à la personne du débiteur, sont cessibles⁽³⁾ : c'est une somme d'argent comme une autre⁽⁴⁾. Le bien extrapatrimonial était inestimable en argent, sa violation donne à la victime le pouvoir personnel de demander au juge la réparation du préjudice subi : le droit de créance d'indemnité qui peut naître du jugement est un droit évaluable en argent, il est en définitive un droit patrimonial. Il faut donc soigneusement distinguer selon nous le droit sanctionna-

(2) Planiol, Ripert et Trasbot, tome V, n° 511, p. 525, 526 (note 1).

(3) Cf. H. et L. Mazeaud, tome 3, n° 2510, p. 529 ; Givord, *thèse*, n° 190, 1^o, p. 273. — Roger, note *D. P.* 1935.1.39, (col. 2), sous Civ. 18 juillet 1934 ; comp. A. Montel, *Rev. trim. dr. civ.* 1935, p. 972 (bas de la page).

(4) L'ancien droit, au contraire, admettait que cette indemnité n'avait point la qualité des autres biens : v. Dorville, p. 42-43.

teur à réparation, né du dommage, qui est personnel à la victime, du droit de créance d'indemnité, droit patrimonial ⁽⁵⁾.

217. — Transmissibilité successorale.

La valeur pécuniaire entrée dans le patrimoine du titulaire d'un droit, se confond avec les autres éléments du patrimoine ; mais le droit lui-même peut-il être transmis ?

Le monopole d'exploitation est transmissible ⁽¹⁾, de même le droit pour un officier ministériel de choisir ses successeurs est transmissible aux héritiers et autres successeurs du titulaire (loi du 28 avril 1816) ⁽²⁾ ; l'action en révocation d'une donation ou d'un legs pour cause d'ingratitude peut être exercée sous certaines conditions par les héritiers du donateur ou du testateur ⁽³⁾.

Paragraphe 2

CONSEQUENCES JURIDIQUES DU CARACTERE PERSONNEL DES DROITS

218. — Incessibilité des droits patrimoniaux personnels en raison de leur affectation.

Sont incessibles en raison de leur caractère alimentaire le droit de créance alimentaire, le droit d'usage (art. 631 Code civil), le droit d'habitation (art. 634 Code civil). Cependant lorsque les droits d'usage ou d'habitation ont été constitués à titre onéreux ou si leur objet est un luxe et non une nécessité de la vie (droit de chasse), leur incessibilité s'explique par l'intérêt privé du propriétaire : les règlements fréquents auxquels ces droits donnent lieu

(5) V. Velicou, *thèse citée*, p. 91-92.

217. — (1) Cf. Picard, n° 573, p. 553 (loi du 14 juillet 1866, modif. par la loi du 11 mars 1902).

(2) Picard, n° 569, p. 549 (t. et note 1) ; rapprocher à propos d'une charge de métreur agréé, la note de M. Hugueney, S. 1927.1.337 sous Civ. 23 fév. 1925. Comp. G. Ripert, Une nouvelle propriété incorporelle ; la clientèle des représentants de commerce, chronique, D. H. 1939, p. 3 et 4.

(3) Voir n° 201, note 2.

peuvent être désagréables au propriétaire, aussi ces droits sont-ils liés à la personne de leur titulaire. L'incessibilité fléchit donc lorsque le propriétaire y consent ; elle n'est pas d'ordre public ⁽¹⁾.

La rente viagère est en principe cessible, mais la loi par raison d'humanité déclare elle-même insaisissables (et on doit en conclure incessibles) les rentes viagères constituées à titre alimentaire (art. 581, 4° du Code de procéd. civile) et aussi quand leur montant ne dépasse pas 360 francs les rentes viagères servies par la Caisse nationale des retraites (loi du 20 juillet 1886, art. 8) ; en matière de contrat d'assurance-vie, le bénéficiaire peut avoir accepté la stipulation faite à son profit et si la cessibilité de ce droit a été expressément prévue, ou sinon avec le consentement du contractant, transmettre lui-même le bénéfice du contrat soit par une cession dans la forme de l'article 1690, soit si la police est à ordre, par endossement (art. 70, loi de 1930).

La plupart des créances *intuitu personae*, servant à assurer la subsistance de ceux à qui elles sont servies, ont été déclarées incessibles par la loi ou la jurisprudence : citons les pensions de retraite des fonctionnaires civils et des militaires, les pensions de réformes, et les soldes de réformes, les pensions définitives ou temporaires, ainsi que les allocations aux ascendants instituées par la loi du 31 mars 1919 pour blessures ou maladies reçues ou contractées en service militaire commandé, les retraites ouvrières, les rentes allouées en matière d'accidents du travail, les allocations aux familles nombreuses ⁽²⁾.

— Sont incessibles, en raison du fait que l'enrichissement du titulaire n'est qu'un moyen pour lui permettre d'exercer une fonction, le droit de jouissance légale du père sur les biens de son enfant mineur, le droit de jouissance que certains régimes matrimoniaux organisent au profit du mari sur les biens de sa femme.

218. — (1) Voirin : Les biens, n° 492, p. 535, 537.

(2) V. Nast : Régimes matrimoniaux, tome 8, n° 192, p. 230-231.

219. — Insaisissabilité.

On dit d'un droit qu'il est à caractère personnel, en vue de le soustraire au droit de gage général des créanciers : le premier intérêt de la qualification « droit à caractère personnel » est de rendre le droit insaisissable. Mais nous savons déjà combien il est difficile de trouver un critère permettant de déceler le caractère personnel du droit. Tous les droits à caractère personnel ne sont pas insaisissables : ainsi le droit d'auteur *stricto sensu*, c'est-à-dire le monopole d'exploitation, est saisissable, avec certaines réserves, il est vrai ; au contraire le droit de présentation du successeur de l'office est personnel au titulaire de l'office et ne peut être exercé par ses créanciers ⁽¹⁾.

La pension alimentaire a un caractère insaisissable ⁽²⁾. Plus délicate est la question de savoir si l'indemnité de dommages-intérêts est insaisissable.

La victime d'un préjudice extrapatrimonial a exercé l'action en réparation, une indemnité pécuniaire lui a été allouée. Le jugement a transformé le droit à l'action en un droit à une indemnité : faisant partie du patrimoine de la victime, les dommages-intérêts provenant de la lésion d'un droit exclusivement personnel ou d'un bien non patrimonial, sont-ils saisissables ? Comme le note M. Givord ⁽³⁾, le problème est différent de celui que pose l'application de l'article 1166 ; souvent celui qui profite d'une action n'a pas le droit de la mettre en jeu.

Il faut distinguer deux hypothèses : la somme d'argent versée à titre d'indemnité est venue se confondre en droit et en fait avec les autres éléments du patrimoine ; elle devient alors le gage des créanciers ; mais en ce qui concerne la créance d'indemnité, il semble à certains auteurs ⁽⁴⁾ que la considération du but poursuivi doit faire

219. — (1) Picard, n° 569, p. 549.

(2) Planiol, Ripert et Rouast, tome 2, n° 59, p. 47.

(3) F. Givord, *thèse citée*, n° 190, p. 275 (t. et note 6).

(4) Cf. Givord, n° 190, p. 276 ; voir dans le même sens Trib. civ. de Vienne, 13 juillet 1934, *D. H.* 1934.519 ; contra Lyon, 12 juillet 1926, *Gaz. Pal.* 26.2.595.

échec à la saisissabilité. Les dommages-intérêts pourraient être considérés comme subrogés au droit exclusivement réservé à la personne dont ils sont l'aboutissement et la transformation : puisque l'intégrité corporelle du failli n'était pas comprise dans le gage de ses créanciers, comment y mettre les dommages-intérêts qui représentent la diminution de cette intégrité corporelle ? et ne paraît-il pas singulier que la douleur morale éprouvée par le failli du fait d'un tiers puisse devenir pour la masse un principe d'enrichissement ? (5).

Il ne faut pas oublier que le débiteur est obligé de tenir ses engagements : en les prenant, il s'est implicitement obligé à y faire honneur à l'aide de toutes les ressources qui pourraient lui advenir, de quelque manière que ce soit ; sans doute on laisse parfois à son appréciation personnelle le point de savoir s'il devra se procurer certaines ressources, mais du moment qu'il les a fait entrer dans son patrimoine, elles y deviennent le gage de ses créanciers (6).

220. — Caractère de « propres » sous les régimes de communauté.

C'est parce que certains droits mobiliers sont à caractère personnel, qu'ils doivent être exclus, dit-on, de l'actif de la communauté. Le principe est certain, mais il faut noter que la division en droits mobiliers ou immobiliers n'intéresse que les droits patrimoniaux.

— On parle de droits à caractère personnel ou même de droits de la personnalité en vue d'exclure de la communauté certains droits patrimoniaux, en raison de leur caractère personnel marqué : par leur fondement ou leur nature ou par leur destination économique, ces biens se

(5) Savatier : De l'exercice des actions en d. i. appartenant personnellement au failli. Rev. gén. du dr. des faillites et liq. judic. 1938, p. 22, 23.

(6) *Eod. loc.*, p. 23.

rattachent plus ou moins directement à la personnalité humaine ; ces biens doivent échapper aux règles de la communauté ⁽¹⁾.

Cette règle est peut-être équitable, mais nous ne pouvons aller jusqu'à dire que de tels biens parfaitement évaluables en argent ne sont pas des « biens patrimoniaux » ⁽²⁾ : ce sont au contraire des biens patrimoniaux et nous n'en voulons pour preuve que cette affirmation des auteurs selon lesquels de tels droits ont une valeur vénale et peuvent être cessibles.

Certains droits ne sont-ils pas personnels à un époux en raison de leur fondement, de leur nature, de leur rôle économique ? la jurisprudence a eu à prendre position en ce qui concerne le droit d'auteur, les offices ministériels, les rentes viagères ou les assurances-vie, les indemnités en réparation d'un préjudice physique ou moral causé à l'un des époux, et tout récemment la question de l'exclusion du droit d'auteur de l'actif commun a été posée dans toute sa netteté avec l'affaire Canal ⁽³⁾.

Sans reprendre une question classique, nous noterons que c'est par la personnalité des droits que les auteurs justifient leur exclusion de la communauté légale ou conventionnelle : il suffit de rappeler les arguments présentés par M. Nast ⁽⁴⁾, en ce qui concerne le droit d'auteur, ou les notes célèbres du grand jurisconsulte Labbé, consacrées au droit de présentation de l'officier ministériel ⁽⁵⁾ ou aux assurances-vie et rentes viagères réversibles ⁽⁶⁾, ou encore la thèse de M. Léon Bérard ⁽⁷⁾, ou

220. — (1) Planiol, Ripert et Nast, n° 188 (tome 8), p. 226.

(2) *Eod. loc.* ; v. n° 126, 1^{re} partie (cour de Paris, aff. Canal).

(3) Voir Armand Laroche : L'œuvre de la jurisprudence en matière de régimes de communauté, thèse Bordeaux 1938, p. 9-52.

(4) Planiol, Ripert et Nast, tome 8, n° 187 et suiv., p. 224 et suiv., note D. P. 1936.2.65, affaire Canal (Trib. civ. Seine, 1^{er} avril 1936).

(5) Note S. 1881.1.49 sous Cass., janvier 1880.

(6) Notes S. 77.1.397, 89.2.121 et 91.2.185.

(7) L. Bérard : Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté, thèse Paris 1902.

les notes de M. Capitant relatives au caractère *intuitu personae* des indemnités accordées à l'un des époux en réparation d'un préjudice physique ou moral ⁽⁸⁾.

Certes, il faut distinguer ici encore le droit lui-même, le *fundus*, de ses produits pécuniaires, lesquels tombent certainement en communauté (produits du droit d'auteur, revenus du capital alloué par exemple) ; mais, pour exclure le droit de l'actif commun, on invoque non pas tel ou tel caractère technique, l'incessibilité par exemple, mais le caractère personnel du droit : chaque époux, dit-on, en matière d'assurance-vie, doit être libre au cours du mariage de prévoir et d'assurer son avenir personnel ou celui de son conjoint, pour le jour où l'un d'eux sera privé de la collaboration de l'autre ; ou bien encore, on affirme que l'élément moral prédomine sur l'élément pécuniaire, en ce qui concerne le droit de présentation de l'officier ministériel, parce que celui-ci est une valeur croissant ou décroissant en fonction de l'activité, de l'intelligence ou de l'honorabilité de l'officier ministériel ; on affirme que le monopole d'exploitation est une faculté inséparable de l'auteur ou encore que les dommages-intérêts représentent la diminution d'un bien propre, par exemple la vie ⁽⁹⁾.

L'incessibilité ou la cessibilité d'un bien ne saurait servir de critère pour décider si ce bien doit être propre ou commun ; il est des biens cessibles qu'on est d'accord pour exclure de la communauté, des biens sans valeur vénale, par exemple, et d'autre part des biens incessibles tombent en communauté, par exemple des actions nominatives qui ne pourraient pas être cédées sans l'autorisation du conseil d'administration de la société ⁽¹⁰⁾ : il est peu

(8) Note *D. P.* 1898.1.121 sous Req. 23 fév. 1897.

Note *D. P.* 1922.1.5 sous Req. 13 avril 1921 ; v. également Demogue, note *S.* 1922.1.257.

(9) V. Givord, *thèse*, n° 190, 2, p. 274 (et références) ; v. chronique *Nast*, *Rev. crit.* 1933, p. 290, 291, n° 5.

(10) *Nast*, tome 8, n° 187, p. 225, note 3.

rationnel, conclut M. Nast ⁽¹¹⁾, d'assimiler l'entrée en communauté à une cession ordinaire, rien ne s'oppose à ce que la loi fasse tomber en communauté des biens incessibles.

221. — Conclusion du chapitre : impossibilité d'établir une formule générale, relative aux droits patrimoniaux à caractère personnel. Nature juridique des droits extrapatrimoniaux.

L'exposé des caractères juridiques des droits patrimoniaux à caractère personnel nous permet de conclure qu'il est impossible de trouver une règle générale ⁽¹⁾ : la jurisprudence s'appuie tantôt sur des considérations techniques (l'incessibilité par exemple), tantôt sur des considérations d'ordre moral.

Les tentatives faites pour énumérer ou définir les droits attachés à la personne (art. 1166 du Code civil), nous ont montré que les critères de l'incessibilité et de l'intransmissibilité, ou de l'insaisissabilité, ne sont pas sans défauts ⁽²⁾ : certes la jurisprudence est souvent influencée par le caractère incessible ou intransmissible ou à la fois incessible et intransmissible d'un droit ⁽³⁾, mais il est exagéré de prétendre que tout droit personnel sera intransmissible ou inversement ; autre chose est la question de savoir si un droit est exclusivement attaché à la personne, autre chose est la question de son incessibilité ou de sa transmissibilité ⁽⁴⁾. C'est une règle posée par certains auteurs que les droits et les obligations non transmissibles ne sont pas cessibles, et réciproquement, ou

(11) Nast, tome 8, n° 187, p. 224-225.

221. — (1) En ce sens Bérard, *thèse*, p. 209.

(2) Voir en ce sens Duley, *thèse citée*, p. 142-153.

(3) Voir encore Limoges, 17 déc. 1935, S. 1936.2.201 ; voir Dijon, 26 oct. 1934, D. H. 35 p. 11.

(4) Voir note Costes, S. 1936.2.204 (col. 2 sous l'arrêt cité à la note précédente) ; Duley, *thèse citée*, p. 144-149 ; Larombière, tome I, sous l'art. 1122, n° 7 et sous l'art. 1166, n° 2 ; Aubry et Rau, tome IV, p. 123.

que les obligations et les droits transmissibles sont cessibles et encore réciproquement. Mais cette règle a également ses exceptions : tel droit est cessible qui n'est pas transmissible, par exemple un usufruit ; tel autre droit n'est pas cessible qui néanmoins est transmissible, par exemple la faculté d'exercer le retrait successoral (art. 841) ; d'autres droits enfin ne sont ni transmissibles ni cessibles, tels sont les droits d'usage ou d'habitation ⁽⁵⁾.

Nous venons de voir enfin que le caractère propre d'un droit sous les régimes de communauté ne résulte pas de son incessibilité, mais de son fondement moral.

Dans ces conditions, on se demande comment déterminer les éléments de cette catégorie juridique que constitueraient « les droits attachés à la personne » ; comme le remarquait M. Hamel ⁽⁶⁾, l'élaboration d'une pareille construction exigerait un pur travail de mosaïque en puisant à droite et à gauche divers éléments de cette catégorie juridique nouvelle. Les divers systèmes présentés sont exacts sur des points particuliers, mais peu précis dans l'ensemble des cas.

On doit admettre que dans certaines hypothèses, la loi ou la jurisprudence dérogent aux principes généraux selon lesquels les droits patrimoniaux sont cessibles, transmissibles et saisissables. Toute prérogative est personnelle par certains côtés ; mais seules certaines sont dîtes à caractère personnel, parce que la loi ou la jurisprudence les ont qualifiées ainsi.

La notion extensive du droit extrapatrimonial est beaucoup trop imprécise pour pouvoir *à priori* être employée : certes, l'article 1166 du Code civil parle des droits attachés à la personne, M. Bérard étudie les droits à carac-

(5) Larombière, tome I, sous l'art. 1122, n° 8, v. aussi n° 9.

(6) Bulletin de la Société d'Etudes législatives 1928, p. 33 : le rapport de M. le professeur Hamel traite du nom patronymique ; nous faisons remarquer que si nous repoussons avec M. Hamel la théorie des droits de la personnalité ou des droits attachés à la personne, nous croyons pouvoir déterminer les éléments d'une catégorie juridique : les droits extrapatrimoniaux (stricto sensu).

tère personnel, mais il précise qu'il ne peut être question d'attribuer aux droits étudiés une même nature juridique, ni de les comprendre dans une catégorie légale uniforme ; chacun de ces droits conserve sa physionomie comme son organisation légale propres : tout ce que l'on peut prétendre c'est que ces droits épars et distincts présentent sous certains rapports un même caractère constant, constituant entre ces entités juridiques diverses un lien naturel. Nous avons donc distingué les droits patrimoniaux à caractère personnel des droits extrapatrimoniaux.

Si la division des droits patrimoniaux en droits ordinaires et droits à caractère personnel nous paraît être une classification de portée limitée, une distinction plus utile, sinon parfaite, consiste à comparer les droits patrimoniaux en général, aux droits extrapatrimoniaux tels que nous les entendons.

Les droits extrapatrimoniaux se distinguent en principe des droits patrimoniaux par un ensemble de caractères qu'il nous a paru utile de grouper. Sans doute existe-t-il de nombreuses contradictions dans leur régime juridique, mais il faut distinguer néanmoins les biens des biens innés, les valeurs pécuniaires des valeurs d'ordre moral, les préoccupations d'ordre économique du respect de la personne humaine.

A ceux qui s'étonneront des incertitudes de la jurisprudence, nous répondrons qu'il faut bien en revenir à ce que disait Ihering : ce n'est pas à la vie à se plier aux principes, ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie.

CONCLUSION

222. — Des intérêts et des droits extrapatrimoniaux. Etude sommaire « de lege ferenda ». L'œuvre de la jurisprudence.

Nous nous sommes proposé dans ce travail de rechercher les caractères communs des diverses facultés juridiques non évaluables en argent. Il faut maintenant essayer de mettre en lumière les conclusions dernières qui peuvent se dégager de cette étude.

On a pu dire de chacune de ces deux sciences : l'Economie politique et le Droit, qu'elle était la science des intérêts, mais tandis que l'Economie politique ne s'occupe que des intérêts matériels et pécuniaires, le Droit a de l'intérêt une notion plus large, plus étendue ⁽¹⁾. Le Droit, en effet, est une science morale, donc une science vivante, une science de vie ⁽²⁾. Ce que les hommes demandent au Droit, c'est de satisfaire tous leurs besoins et tous leurs intérêts ; or, l'homme n'a pas seulement des besoins d'ordre économique, il est une personne, le Droit ne peut donc se refuser à défendre les intérêts non patrimoniaux, lesquels sont aussi importants que les intérêts pécuniaires.

Il est certain que la notion de personnalité joue un grand rôle dans la vie juridique ; la loi et les institutions juridiques doivent fournir à l'homme comme toutes les œuvres de la civilisation, les moyens d'assurer et de faciliter le libre développement de sa personnalité. Il serait difficile de contester l'exactitude du principe de l'éminente dignité de l'homme mais, selon la pittoresque ex-

222. — (1) Dorville, *thèse*, p. 1.

(2) Nast : La fonction de la jurisprudence, dans la vie juridique française, p. 6.

pression de M. Bérard, « la science juridique aurait ici besoin d'un nouveau Socrate, qui serait un grand jurisconsulte et se chargerait de faire descendre cette philosophie du ciel sur la terre, c'est-à-dire du droit naturel, un peu négligé et vieilli, dans le droit positif et vivant » (3).

Nous avons voulu préparer la tâche de ce grand jurisconsulte, dont parle M. Bérard. Aussi avons-nous abordé le problème philosophique des droits de la personnalité humaine sur le plan de la science juridique positive.

Le Code civil qui réglemente si minutieusement les droits du patrimoine, passe à peu d'exceptions près sous silence les droits de la personnalité : sans doute, il est trop sévère d'appeler Code des Riches, une loi égalitaire comme notre Code civil, mais il serait bon, écrit M. Perreau (4), de lui éviter aussi le reproche de n'être que le Code des Biens.

La doctrine établit une classification des droits par rapport à la notion du patrimoine considéré comme l'ensemble des valeurs positives ou négatives ressortissant à une même personne, valeurs qui ont une signification pécuniaire. En droit privé, la très grande majorité des droits sont patrimoniaux, c'est-à-dire susceptibles d'une évaluation pécuniaire et pour cette raison les auteurs ne s'occupent que des droits patrimoniaux. Les jurisconsultes allemands et suisses ont bien étudié les droits de la personnalité, mais de son origine germanique, la théorie a conservé une imprécision certaine, due à l'argumentation philosophique qu'ont cru bon d'utiliser les auteurs.

Il faut donc tourner ses regards du côté de la jurisprudence française : quels sont les divers intérêts extrapatrimoniaux dont elle assure la protection ? Nous avons passé en revue les diverses situations juridiques extrapatrimoniales ; on peut les rattacher à l'une ou l'autre de ces trois idées : respect de l'individu comme individualité

(3) L. Bérard, *thèse*, p. 183.

(4) Perreau, *Rev. trim.*, 1909, p. 536. — Comp. Morin : Introduction à l'étude du droit comparé, *art. cité*, tome 2, par. 102, p. 472.

distincte des autres individualités, défense de la personne physique, protection des intérêts moraux de la personne humaine, qu'on l'envisage pour elle-même, comme membre de la famille ou comme membre de l'Etat.

Presque toute situation juridique d'ailleurs est extrapatrimoniale par certains côtés : ce qui est aimé d'abord dans la propriété, c'est la liberté des travaux plutôt que le libre usage des produits; aussi nul homme n'aime du même amour le travail sur son propre champ, même aride et ingrat et le travail d'un valet de chambre quand il serait bien plus doux et bien mieux payé ⁽⁵⁾ ; l'homme éprouve une jouissance esthétique à s'absorber dans son travail : l'artisan qui fait une pâtisserie de belle forme, qui forge une belle serrure de porte, qui construit un beau meuble, qui ébauche une statue, qui tisse une belle étoffe de laine ou de soie, éprouve un plaisir analogue à celui du sculpteur, du peintre, du musicien et de l'architecte ⁽⁶⁾. Le bien le plus matériel, un champ, un livre est pour moi une source de plaisirs par l'usage dont il est susceptible, les souvenirs qu'il me rappelle. Ce serait une conception souhaitable de tenir compte de tout plaisir moral, de toute douleur, qu'une chose peut procurer, pour en faire la base d'un droit, mais cette théorie très bien adaptée à la réalité des choses, se concilie mal, écrit M. Demogue, avec le caractère toujours un peu objectif que doit revêtir le droit ⁽⁷⁾. Considéré dans le patrimoine, le droit est donc en général détaché de la personne.

Nous avons adopté la notion traditionnelle du droit extrapatrimonial ; c'est, pour nous, un droit non évaluable pécuniairement : ce critère est parfois en défaut, mais il est très simple. Nous avons donc repoussé la conception d'un droit extrapatrimonial entendu comme un droit même évaluable pécuniairement mais attaché à la per-

(5) Alain : *Propos d'Economie*, 3^e édit., Gallimard, édit., p. 12.

(6) Docteur A. Carrel : *L'Homme, cet Inconnu*, p. 153, 154.

(7) Demogue : *Notions fondamentales*, p. 184.

sonne de son titulaire. Ce sont les intérêts non mêlés à un objet pécuniaire que nous avons entendu étudier : ici il est impossible de distinguer une valeur commerciale, il n'y a plus qu'une valeur toute morale, pure d'un alliage matériel direct.

Sans doute, dans la réalité existe-t-il de nombreux frottements entre les situations juridiques patrimoniales et les situations non patrimoniales, mais il ne faut pas oublier que le droit, en principe, ne tient pas compte du caractère personnel qui appartient à tout droit patrimonial.

Nous avons envisagé la personne en tant que telle sur le terrain du droit. Comment la protection de ces intérêts extrapatrimoniaux est-elle assurée ? La jurisprudence fait appel soit au droit pénal ⁽⁸⁾, soit à l'article 1382 du Code civil.

Peut-on parler de droits extrapatrimoniaux ? peut-on dissocier le concept de droit subjectif du concept de droit patrimonial ? pour le grand jurisconsulte qu'était Capitant, on ne trouve l'espèce d'un droit véritable que dans les situations juridiques patrimoniales ⁽⁹⁾.

Peut-on admettre l'existence de droits innés ? pour nous, cette théorie est pure illusion et nous serions tentés de dire qu'elle permet seulement à Chateaubriand d'esquisser une petite danse, lorsque pénétrant pour la première fois dans des bois qui n'avaient jamais été abattus, il se demandait s'il était « rétabli dans ses droits originaux » !

Suffit-il de définir la faute comme la violation d'un droit, pour donner à ce droit une consistance réelle ? cer-

(8) Consulter notamment la remarquable jurisprudence, selon laquelle des agissements de nature à impressionner une personne peuvent être qualifiés de coups et blessures ou de voies de fait, même si le corps de la victime n'a pas été directement atteint : Cass. 3 juillet 1920, *S.* 1923.1.283 ; 16 avril 1921, *Gaz. Pal.* 21.2.239 ; Crim. 22 mars 1929, *Gaz. Trib. Maroc* 15 juin 1929, 7 août 1934, *D. H.* 34.477 ; Crim. 3 janv. 1936, *D. H.* 1936.150 ; Crim. 22 oct. 1936, *D. H.* 1937.38 ; Crim. 7 janvier 1937, *Gaz. Pal.* 1937.1.514. Comp. Trib. correct. de Cusset, 26 mars 1937, *S.* 1937.2.192.

(9) Art. cit. *Rev. trim.* 1928.

tainement pas, et de même le préjudice n'est pas une atteinte à un droit mais à un « bien juridique », on ouvre seulement le plus grand gouffre de questions : où est le droit d'autrui ?

Il existe peu de véritables droits extrapatrimoniaux : certains ont été créés par la loi, par exemple le droit de réponse, d'autres sont de création jurisprudentielle.

La plupart des intérêts extrapatrimoniaux ne sont que des biens juridiques, lesquels sont protégés par l'action en réparation si un préjudice les atteint. Avant tout dommage, l'homme n'a aucun droit à la vie ou à l'honneur. Cependant la jurisprudence, par la constance et la régularité de ses décisions, parvient à créer des droits véritables, c'est-à-dire des droits qui avant tout dommage donnent à leur titulaire un certain pouvoir déterminé : c'est cette évolution qui se manifeste à propos du droit moral de l'auteur.

Au cours de ce travail de création, les tribunaux, tout en étayant leurs décisions sur l'article 1382, dépassent souvent cet article ; des droits véritables existent mais beaucoup de civilistes, au lieu d'envisager ces droits dans leurs caractères spécifiques, les coulent dans le moule du droit patrimonial le plus essentiel : le droit de propriété ; il en est ainsi du droit au nom et même du droit d'auteur. Il faut selon nous, admettre l'existence d'une catégorie de droits spéciaux : celle des droits extrapatrimoniaux ; ils présentent une série de caractères communs ; en principe ils sont incessibles, imprescriptibles, intransmissibles. Certes, de nombreuses contradictions se révèlent, mais certaines exceptions sont purement apparentes et s'expliquent rationnellement ; dans d'autres cas, il faut reconnaître les incertitudes de la réglementation juridique. Devons-nous pour cette raison rejeter cette catégorie des droits extrapatrimoniaux ? nous ne le croyons pas ; les règles de droit sont façonnées par la raison humaine, seulement en doctrine ; mais « qu'importe aux hommes qu'on leur donne des règles logiques ou illogiques ? ce

qu'ils demandent au droit, c'est de satisfaire leurs besoins et leurs intérêts, c'est de les harmoniser avec justice, fût-ce au mépris de la logique » (10).

La difficulté du problème des droits extrapatrimoniaux tient donc d'une part à l'imprécision de la notion même du droit extrapatrimonial, d'autre part à l'incertitude de leur réglementation.

Si nous ouvrons quelques horizons de *lege ferenda*, nous nous demanderons s'il est opportun de déterminer avec précision les droits qu'il conviendrait de reconnaître à la personne pour lui assurer des conditions d'existence et de développement. Nous pensons que sur certains points particuliers, l'introduction de nouveaux droits dans le Code, justifierait beaucoup de solutions jurisprudentielles.

Cependant, dans la grande majorité des cas, nous faisons confiance à la jurisprudence pour cette œuvre de construction des droits de la personne. Certains droits de la personnalité envisagés d'ailleurs en fonction de la doctrine périmée de l'individualisme, sont consacrés par la Déclaration des droits de l'homme ; mais un droit pour être un pouvoir doit être déterminé. Seule la jurisprudence déterminera hors du domaine patrimonial les prérogatives humaines. Dans cette transformation du droit, le rôle du législateur ne peut consister qu'en une consécration du travail accompli par les tribunaux. Quand il construit le droit, le juge l'établit toujours de manière à laisser à son propre arbitraire une place considérable ; c'est à cause des affinités évidentes qui existent entre cet arbitraire et l'objet même de la poursuite constante du juge : l'équité. Mais la jurisprudence est occasionnelle, particulière, la loi doit intervenir, parce qu'elle est permanente et générale. Le législateur doit voir l'ensemble, l'architecture générale de la construction qu'il édifie. La loi doit, en notre matière, consolider une jurisprudence

(10) Nast, *op. cit.*, p. 6.

déjà établie, afin de lui donner un caractère stable et harmonieux. Le nombre des droits extrapatrimoniaux n'est donc pas définitif, il s'augmente des droits qui peu à peu sont créés par la jurisprudence puis reconnus par la loi.

Nous avons étudié le problème de l'humaine condition, comme dirait Montaigne, sur le plan de la technique juridique : mais il y a bien longtemps que l'on gémit sur la vanité des lois sans les mœurs. Le Droit ne deviendra véritablement "personnaliste", c'est-à-dire n'affirmera le primat de la personne humaine sur les nécessités matérielles que si notre civilisation reste attachée au principe de l'éminente dignité de la personne humaine.

Vu et approuvé :

Lyon, le 22 Février 1939.

Vu et approuvé :
Lyon, le 22 Février 1939.

LE DOYEN

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE, DE LA FACULTÉ DE DROIT.

P. ROUBIER.

P. GARRAUD.

Vu et permis d'imprimer :

LYON, le 23 Février 1939.

LE RECTEUR, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,

A. LIRONDELLE.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

- AHRENS. — Cours de droit naturel ou philosophie du droit, 8^e édit., 2 vol. 1892, Bruxelles, Durand éditeur.
- ANCEL. — Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938, Paris 1938, Sirey.
- ARGOU. — Institution au droit français, 11^e édit., 2 vol. Paris 1773.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae, 5^e édition revue par Rau, Falcimaigne et Bartin. 12 vol., 1897-1922, Marchal et Godde édit.
- BARBIER, MATTER et RONDELET. — Code expliqué de la Presse, 2^e édition, 2 vol., 1911, Marchal et Godde édit.
- BARTHÉLEMY. — Précis de Droit public, Lib. Dalloz, 1937.
- BARTHÉLEMY et DUEZ. — Traité de Droit constitutionnel, Lib. Dalloz, Paris 1933.
- BARTIN. — Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence françaises, tome 3, 1935, Editions Domat-Montchrestien.
- BATIFFOL et BRETON. — L'état et la capacité des personnes (collection Beudant, tomes 2, 3 et 3 bis), Paris 1935, Rousseau édit.
- BAUDRY-LACANTINERIE et divers professeurs. — Traité théorique et pratique de droit civil, 3^e édition, 29 vol., 1905-1908, Sirey.
- BENTHAM. — Traité de législation civile et pénale, publié par E. Dumont, 3 vol., 1830.
- BERTAULD. — Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon, 2 vol., 1867-1868, Cosse édit.
- BEUDANT (C.). — Le droit individuel et l'Etat, introduction à l'étude du Droit, 3^e édition, 1920, Rousseau édit.
- Cours de droit civil français, 2^e édit. publiée par R. Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, Rousseau édit.
- BLACKSTONE'S. — Commentaire sur les lois anglaises, trad. par Chompré, 6 vol., 1822.
- BOISTEL. — Cours de philosophie du droit, 2 vol., 1899, Fontemoing édit.
- BONNARD. — Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé (Bibliothèque de l'Institut international de droit public VI), 1934, Delagrave édit.

- BONNECASE. — La notion de droit en France au XIX^e siècle. Contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporaine (tome XVIII de la Biblioth. d'Histoire du Droit et des institutions), 1919, de Boccard édit.
- La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain, 1925, de Boccard édit. (2^e édition, 1928).
- Précis de droit civil, tome I, 2^e édition, 1938, Rousseau édit.
- BUFNOIR. — Cours de 1^{re} année de licence, Paris, 1888-1889.
- CAPITANT. — Introduction à l'étude du droit civil, 5^e édition, Paris, 1929, Pedone édit.
- Etudes de droit civil à la mémoire de Capitant, Dalloz, Paris, 1939.
- CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE. — Théorie du Code pénal, 6^e édition annotée par Villey, 6 vol., 1888, augmentée d'un supplément par E. Mesnard, 1908, Marchal et Billiard.
- CODE PÉNAL DU ROYAUME D'ITALIE, traduit, annoté par Pierre de Casabianca (Office de législation étrangère et de droit international), 1932, Impr. Nationale, Lib. générale édit.
- (CODES (les) de la Russie Soviétique, trad. par Patouillet, Paris, 1925, Giard.
- COLIN, CAPITANT et JULLOT DE LA MORANDIÈRE. — Cours élémentaire de droit civil français, 3 vol., 8^e édition, Lib. Dalloz, 1934-35-36.
- DABIN. — La philosophie de l'ordre juridique positif, Paris, 1929, Sirey édit.
- DALLOZ. — Répertoire pratique de législation, de doctrine, et de jurisprudence, Dalloz.
- DARRAS. — Etudes de droit international privé. Les droits intellectuels. Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux, 1887, Rousseau édit.
- DEMOQUE. — Les notions fondamentales du droit privé, Paris, 1911, Rousseau édit.
- Traité des Obligations en général, Rousseau édit.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code civil, 32 vol., Lahure édit.
- DENISART. — Collection de décisions nouvelles relatives à la jurisprudence, édit. corrigée par Camus, Bayard, 13 vol., 1783-1807, Paris.
- DONELLUS. — Commentarii de jure civili, éd. sexta, curantibus, J. C. Koenig et Bucher, 16 vol., 1801-1834, Norimbergae.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.). — Traité élémentaire de Droit criminel et de législation pénale comparée, Paris, 1937, Sirey.
- La politique criminelle des états autoritaires, Paris, 1938, Sirey.
- DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel, 5 vol., E. de Boccard, édit.
- ENGELHARDT. — De l'animalité et de son droit, 1900, Chevalier-Marescq.
- ESCARRA, RAULT et F. HEPP. — La doctrine française du droit d'auteur, Paris, 1937, B. Grasset édit.
- ESMEIN (P.). — Obligations (Traité pratique Planiol et Ripert), Lib. générale, Paris, 1930 et 1931 (tomes 6 et 7).

- FABREGUETTES. — Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse, 2^e édit., 2 vol., 1901, Plon, Chevalier-Marescq édit.
- GARÇON (E.). — Code pénal annoté (articles 1 à 463 du Code pénal), 2 vol., 1901-1911, Recueil Sirey édit.
- GARRAUD (R.). — Traité théorique et pratique de droit pénal français, 3^e édition revue et mise au courant par P. Garraud, 1913-1935, Sirey éditeur.
- GARRAUD (P.) et LABORDE-LACOSTE. — Le rôle de la volonté du médecin et du patient, quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale, Paris 1927, E. de Boccard édit.
- Précis élémentaire de droit pénal, 3^e édition, Paris, 1937, Sirey édit.
- GARSONNET et CÉZAR-BRÛ. — Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes, 3^e édition, 9 vol., 1912-1925, Sirey.
- GÉNY. — Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français, 2 vol., 1911, Larose et Tenin.
- Méthode d'interprétation et sources en droit positif, essai critique, 2^e édition, 2 vol., Lib. générale, 1919.
- Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914-1924, Sirey.
- GIDE. — Principes d'économie politique, 24^e édition, 1923, Sirey.
- GIRARD (P.-F.). — Manuel élémentaire de droit romain, 8^e édition revue par F. Senn, Lib. Rousseau, Paris, 1929.
- GLASSON, TISSIER et MOREL. — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^e édit., 5 vol., 1925-1936, Sirey.
- GOYET. — Précis de droit pénal spécial, 3^e édition, 1937, Sirey.
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage, 3^e édition, 4 vol., 1894-1896, Pedone-Lauriel.
- HAURIOU. — Principes de droit public, 2^e édition, 1916, Sirey.
- HÉMARD. — Précis élémentaire de droit civil, tome I, 2^e édition revue par R. Morel, Paris, 1934, Sirey.
- HOMBURG. — Le droit d'interprétation des acteurs et des artistes exécutants, 1930, Recueil Sirey.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, 15 vol., 1892-1903, Lib. générale de Droit et de jurisprudence.
- HUMBLÉ. — Traité des noms, des prénoms et des pseudonymes dans le droit civil, commercial, criminel, public, administratif et notarial, 1892, Bruxelles, Larose et Forcel.
- IHERING. — Actio injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain et en droit français, trad. par O. de Meulenaere, 1888, Chevalier-Marescq.
- L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. par O. de Meulenaere, 3^e édition, 4 vol., 1888, Chevalier-Marescq.
- L'évolution du droit, trad. de la 3^e édition allemande par O. de Meulenaere, 1901, Chevalier-Marescq.
- JAPIOT. — Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3^e édition, 1935, Rousseau.

- JARDEL. — La lettre missive, essai d'une théorie juridique nouvelle de la correspondance épistolaire, 1911, Larose et Tenin.
- JOSSERAND. — De l'esprit des droits et de leur relativité, Lib. Dalloz, Paris, 1927 (une 2^e édition vient de paraître en 1939).
— Evolutions et actualités, Paris, 1936, Sirey.
- Cours de droit civil positif français, tome I, 3^e édition, 1938, Sirey, tome 2, 1939 (3^e édit.), tome 3 (2^e édit.).
- KANT. — Eléments métaphysiques de la doctrine du droit, trad. Barni, 1853, Durand édit.
- LAGARDE. — Les contrats et les obligations (collection Beudant), Rousseau édit.
- LALLIER. — De la propriété des noms et des titres, Paris, 1890, Giard édit.
- LAMBERT (E.). — Recueil d'Etudes en l'honneur d'E. Lambert : Introduction à l'étude du droit comparé, 3 vol., Lib. générale, Paris, 1938.
- LAMBERT (J.). — La vengeance privée et les fondements du droit international public (Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes internationales, Genève, n° 17), Paris, 1936, Sirey édit.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des Obligations, tome I, Paris, 1857 (nouvelle édit. 1885, Pedone-Lauriel).
- LAURENT. — Principes de droit civil français, 5^e édition, 33 vol., Bruxelles, Bruylant édit.
- LE BALLE. — Les successions (collections Beudant), Rousseau édit.
- LE FUR. — Les grands problèmes du Droit, Paris, 1937, Sirey édit.
- LÉGAL et BRÊTHE DE LA GRESSAYE. — Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, Paris, 1938, Sirey édit.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — Précis de droit international privé, 3^e édition, Dalloz, 1937.
- LÉVY (E.). — La vision socialiste du droit, 1926, Giard éditeur.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial, 5^e édition, Lib. générale de droit et de jurisprudence.
- MARTIN (E.). — Funérailles et sépultures. Traité pratique de police et d'administration, 1935. La vie communale et départementale, Maison du livre français.
- MAURY et VIALLETON. — Successions (Traité pratique Planiol et Ripert), Paris, 1928, Lib. générale édit.
- MAZEAUD (H. et L.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Sirey édit. Tome 1, 3^e édition 1938, tome 2, 3^e édition 1939, tome 3, 2^e édition.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5^e éd., 1827-1828, 36 vol. avec le Recueil alphabétique de questions de droit.
- MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS (G.). — Le droit moral de l'auteur. Etude de droit français comparé et international. Préface de Jean Escarra (Publications de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1^{re} série, Collection d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé, de droit international, sous la direction de M. Henri Lévy-Ullmann, XLII-XIII), 1935, Rousseau édit.

- MICHOUD. — La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3^e édition revue par Troabas, 2 vol., 1932, Lib. générale de droit et de jurisprudence édit.
- MONIER. — Manuel élémentaire de droit romain, tome I, 2^e édition, 1938, Editions Domat-Montchrestien.
- MOREL. — Traité élémentaire de procédure civile, 1932, Sirey édit.
- Cours de 1^{re} année de licence 1935-36 (les Répétitions Ecrites), les Cours de Droit,, 3, place de la Sorbonne.
- MORILLOT. — De la personnalité du droit de copie qui appartient à un auteur vivant, 1872-73, Cotillon.
- De la protection accordée aux œuvres d'art en Allemagne, 1878, Cotillon édit.
- MUTEAU. — Du secret professionnel, de son étendue et de la responsabilité qu'il entraîne d'après la loi et la jurisprudence, 1870, Marescq.
- NAST. — La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française, 1922 (Strasbourg, impr. Alsacienne), Lib. générale de droit et de jurisprudence édit.
- Régimes matrimoniaux (Traité pratique Planiol et Ripert), 2 vol., 1925-1927, Lib. générale édit.
- NIBOYET (DE LAPRADELLE. et). — Répertoire de droit international, Sirey.
- OLAGNIER (P.). — Le droit d'auteur, 2 vol., 1934. Lib. générale édit.
- Le droit des artistes interprètes et exécutants, 1936, Lib. générale édit.
- Le droit des savants, 1937, Lib. générale édit.
- ODOT. — Conscience et science du devoir, introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon, 2 vol., 1856, Durand édit.
- PERCEROU et DESSERTAUX. — Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, 2^e édition (collection Thaller), 3 vol., 1935, Rousseau édit.
- PERRAUD-CHARMANTIER. — Le secret professionnel, ses limites, ses abus. Etude théorique et pratique, 1926, Lib. générale.
- Le droit de réponse en matière de presse. Etude critique de législation et de jurisprudence 1930, Juris-Classeurs, Editions Godde.
- PERREAU (E.-H.). — Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins, 1908, Lib. générale.
- Le droit au nom en matière civile (patronymique, titre, prénom, pseudonyme, surnom, armoiries), 1910, Larose et Tenin.
- PICARD (M.). — Les biens (Traité pratique Planiol et Ripert), Paris, 1926, Lib. générale édit.
- PLANIOLE et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., 12^e édition, Lib. générale édit.
- Traité pratique de droit civil français, 14 vol., Lib. générale édit.
- POUILLET. — Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres, 6^e édition revue par Taillefer et Claro, 1912, Marchal et Godde édit.

- PROUDHON (J.). — Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens, considérée principalement par rapport au modèle privé, 1839, Dijon, Lagier.
- RIPERT (G.). — Cours de droit civil approfondi et comparé : « Les limites de la liberté contractuelle », 1929-30, Les Cours de Droit, 3, place de la Sorbonne.
- Cours de droit civil, 1^{re} année de licence 1931-1932, Les Cours de Droit, 3, place de la Sorbonne.
- La règle morale dans les obligations civiles, 3^e édition, Paris, 1935, Lib. générale édit.
- Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1936, Lib. générale édit.
- ROLLAND. — Précis de droit administratif, Dalloz, 6^e édition, 1937.
- ROUAST. — La famille (Traité pratique Planiol et Ripert), Paris, 1926, Lib. générale.
- Cours de droit civil 1^{re} année de licence 1935-36, les Cours de Droit, 3, place de la Sorbonne.
- ROUAST et GIVORD. — Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles, Lib. Dalloz, Paris, 1934.
- ROUBIER. — Les conflits de lois dans le temps, 2 vol., 1929-1933, Sirey édit.
- ROUSSEAU. — La minorité des enfants naturels, 1908, Société française d'imprimerie et de librairie.
- SACHET. — Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, 8^e édition mise au courant par Henri Gazier, Sirey édit.
- SAINTELETTE. — De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail), 1884, Bruxelles, Bruylant.
- SALEILLES. — Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, 1897, Rousseau édit.
- Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand, 3^e édition 1914 (nouveau tirage 1923), Lib. générale.
- De la personnalité juridique. Histoire et théories, 2^e édition, 1922, Rousseau édit.
- SALT. — Les droits de l'animal considérés dans leur rapport avec le progrès social, trad. de l'anglais par Hotelin, 1899, Walter.
- SAVATIER. — Les personnes (Traité pratique Planiol et Ripert), Paris, 1925, Lib. générale.
- SAVIGNY. — Traité de droit romain traduit de l'allemand par Ch. Guénoux, 2^e édition, 8 vol., 1855-1860, Didot.
- SCHATZ. — L'individualisme économique et social, Paris, 1907, A. Colin édit.
- SEMAINES SOCIALES DE FRANCE (Clermont-Ferrand, 1937). — Recueil des conférences, 29^e session, Lyon, Chronique sociale de France ; Paris, Gabalda ; Vitte.
- THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime, 2 vol., 8^e édition 1931, Rousseau, édit.
- TOURNADE. — Etude sur le nom de famille et les titres de noblesse, 1882.

- TRASBOT. — Donations et testaments (Traité pratique Planiol et Ripert, Paris, 1933, Libr. générale).
- VALÉRY. — Des contrats par correspondance. Du rôle de la correspondance dans l'exécution des contrats, 1895, Thorin.
- Des lettres missives, 1912, Fontemoing, édit.
- VAN RYN. — Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif, 1933, Sirey.
- VIDAL et MAGNOL. — Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 8^e édition, Rousseau, éditeur.
- VOCABULAIRE JURIDIQUE, rédigé par des professeurs de Droit, des magistrats et des juriconsultes, sous la direction de Henri Capitant, 1936, Les Presses universitaires de France.
- VOIRIN. — Les biens (collection Beudant), Paris, 1938, Rousseau, édit.
- WAHL. — Précis théorique et pratique de droit commercial, 1922, Sirey.

II. — THESES DE DOCTORAT

- AIGON. — Des conventions relatives à la responsabilité des accidents corporels, Toulouse, 1935.
- ALBESSARD. — Etude juridique de la clientèle des professions libérales, Toulouse, 1936.
- AUSSY. — Du droit moral de l'auteur, Paris, 1911.
- AZÉMA (M.). — De la responsabilité civile de l'écrivain, Bordeaux, 1935.
- BALESTON. — De la protection de l'intérêt moral, Paris, 1906.
- BALEY. — La défense du droit au nom patronymique, Rennes, 1930.
- BARTHÉLEMY. — Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, Paris, 1899.
- BAUDRAND. — La chirurgie esthétique et le droit, Poitiers, 1938.
- BECCUART. — Les mots à sens multiples en droit civil français, Lille, 1928.
- BEIRNAERT. — Des lettres missives (étude juridique des principes qui en assurent le secret), Lille, 1937.
- BELLAMY. — Le préjudice dans l'infraction pénale, Nancy, 1937.
- BÉRARD. — Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté, Paris, 1902.
- BÉRAUD. — Les mesures de sûreté en droit allemand, d'après la loi du 24 novembre 1933, Aix, 1937.
- BERTHELOT. — De la responsabilité civile en matière de renseignements fournis officieusement sur des tiers, Caen, 1934.
- BERTHIER. — La protection légale du compositeur de musique, Dijon, 1936.
- BERTHOMÉ. — Des droits de l'auteur en matière de reproduction phonographique, cinématographique et radiophonique, Rennes, 1934.

- BETTREMIEUX. — Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en dr. français, Lille, 1921.
- BEZ DE VILLARS. — De la transaction comme mode de règlement des accidents corporels, Aix, 1937.
- BIARDEAU. — Le certificat prénuptial. Etude de droit comparé et de législation, Paris, 1930.
- BINET. — La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires, Nancy, 1936.
- BLONDEL. — Etude juridique sur le nom patronymique, Paris, 1905.
- BOISSEAU. — Des jugements tendant à établir, reconstituer, rectifier ou annuler des actes de l'état civil, Paris, 1914.
- BONNARD. — De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics, Bordeaux, 1903.
- BOSC. — Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, Montpellier, 1901.
- BOUVY. — Des noms de personnes, Paris, 1884.
- BROCAS. — Le droit d'autopsie, Paris, 1938.
- BROUILLONET. — Des contrats comportant une dette de sécurité, Montpellier, 1934.
- BRUN. — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Lyon, 1931.
- BUISSON. — L'industriel forain, Lyon, 1937.
- CABRILLAC. — La protection de la personnalité de l'écrivain et de l'artiste, Montpellier, 1926.
- CARLOVA. — La propriété de la correspondance privée en droit civil, Paris, 1915.
- CASSAGNE. — La notion de domicile et ses effets principaux en droit pénal, Nancy, 1937.
- CHACHUAT. — Le mouvement du « Birth Control » dans les pays anglo-saxons (Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, Série centrale publiée sous la direction d'E. Lambert, tome XXXII). Lyon, 1934.
- CHAIGNON. — Le duel sous l'Ancien régime, Rennes, 1936.
- CLÉMENT. — Notariat et secret professionnel, Lyon, 1938.
- COLLIARD. — Le préjudice en droit administratif français, Aix, 1938.
- CORBESCO. — Devoirs moraux et obligations légales, Paris, 1903.
- COSTE. — Le nom des personnes au point de vue civil, Aix, 1904.
- COT (M.). — La conception hitlérienne du Droit, Toulouse, 1938.
- CRISTEA. — Contribution à l'étude du droit d'auteur, Paris, 1938.
- DAMOISY. — Du droit des héritiers sur les lettres missives reçues ou envoyées par le *de cujus*, Poitiers, 1926.
- DAVID. — Le suicide en matière d'assurances sur la vie, Rennes, 1938.
- DELEAU. — L'évolution du pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires civils de l'Etat, Paris, 1933.
- DELPECH. — Du nom patronymique, Toulouse, 1911.
- DEMARLE. — De l'obligation au secret professionnel, Dijon, 1907.
- DEMONTÈS. — L'action *ad exhibendum* en droit moderne, Paris, 1922.
- DOMINJON. — La protection du secret des correspondances et le droit pénal, Lyon, 1938.

- DORVILLE. — De l'intérêt moral dans les obligations, Paris, 1901.
- DOURIEZ. — De la propriété des noms de famille en droit français. Lille, 1902.
- DUBOIS (M.). — *Pretium doloris*, Lyon, 1935.
- DUBOIS DE BÉLAIR. — Les noms de famille dans la législation actuelle, Paris, 1898.
- DULEY. — De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique, Dijon, 1935.
- DURAND. — Des conventions d'irresponsabilité, Paris, 1931.
- ESCHOLIER. — Le phonographe et le droit d'auteur. (titre de la Thèse : Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur). Paris, 1930.
- ESMEIN (P.). — Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits, Paris, 1914.
- FONTAINE. — Le dommage moral et sa réparation pécuniaire, Paris, 1907.
- FOUGEROL. — La figure humaine et le droit, Paris, 1913.
- FROMAGEOT. — De la faute en droit privé, Paris, 1891.
- GAJAC. — La responsabilité civile de l'hôtelier, Paris, 1936.
- GALLIZIA. — Du domicile général en droit français, Grenoble, 1930.
- GANOT. — La réparation du préjudice moral, Paris, 1924.
- GARROS. — De l'insaisissabilité des droits et des choses de caractère personnel, Bordeaux, 1913.
- GERMETTE. — Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile, Paris, 1903.
- GIRARD. — De la dénonciation calomnieuse, Alger, 1936.
- GIVORD. — La réparation du préjudice moral, Grenoble, 1938.
- GOMPEL-NETTER. — La conception moderne du domicile de la femme mariée en droit privé français (essai sur l'évolution juridique de la notion du domicile). Paris, 1937.
- GORGUETTE D'ARGŒUVES. — Du droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire, Lille, 1924.
- HIRT. — Du délit d'espionnage, Strasbourg, 1937.
- HUGUENY. — L'idée de peine privée en droit contemporain, Dijon, 1904.
- IONESCU. — La notion de droit subjectif dans le droit privé, Paris, 1931.
- JACOMET. — Du caractère juridique du secret médical, Paris, 1933.
- JAPIOT. — Des nullités en matière d'actes juridiques, Dijon, 1909.
- JARDEL. — De la production en justice de la correspondance, Lille, 1904.
- JEAN. — Contribution à l'étude du secret médical au point de vue juridique, Bordeaux, 1932.
- LACAS. — Les obligations du médecin, Paris, 1938.
- LACOMBE. — Le droit de correction paternelle, Lyon, 1936.
- LACOSTE (J.). — L'interdiction par la loi pénale de la profession de banquier (loi du 19 juin 1930). Bordeaux, 1936.
- LAROCHE. — L'œuvre de la jurisprudence en matière de régimes de communauté, Bordeaux, 1938.

- LASNIER (D' G.). — Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale, Bordeaux, 1922.
- LAURENT. — Les châtiments corporels, Lyon, 1912.
- LAUTIER. — La protection pénale du nom, Rennes, 1933.
- LECOMPTE. — Essai sur la notion de faculté en droit civil, Paris, 1930.
- LEHMAN. — Le droit de l'artiste sur son interprétation, Paris, 1935.
- LEPAULLE. — Les droits de l'auteur sur son œuvre, Paris, 1927.
- LE PICARD. — La communauté de vie conjugale, Paris, 1929.
- LOUIS LE GRAND. — Etude économique de la propriété industrielle, Paris, 1937.
- LYON. — Jugements et ordonnances de rectification d'actes de l'état civil, Paris, 1921.
- MACCARIO. — De la sanction civile du droit au nom, Paris, 1921.
- MALAPLATE. — Le droit d'auteur ; sa protection dans les rapports franco-étrangers, Bordeaux, 1931.
- MANKIEWICZ. — La Weltanschauung National-Socialiste. Ses aspects généraux et sa critique du libéralisme. Lyon, 1937.
- MANTELET. — La réparation du préjudice moral, Paris, 1907.
- MARMION. — Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne, Paris, 1924.
- MARTIN (P.). — Le droit de réponse et de critique en matière littéraire, dramatique et artistique, Dijon, 1922.
- MARTIN (R.). — La faute professionnelle spécialement dans les professions libérales, Lyon, 1934.
- MARTY. — De la distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation, Toulouse, 1929.
- MASSE. — Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique, Paris, 1906.
- MASSON. — Le duel et la loi pénale, Dijon, 1930.
- MAYER. — Quelques aspects du droit d'auteur en matière de cinématographie, Paris, 1935.
- MAYNARD. — Les jugements déclaratoires. Une nouvelle forme d'activité judiciaire. La justice préventive. Lyon, 1922.
- MEDEVILLE. — Le secret professionnel, Bordeaux, 1908.
- MERGER. — Le secret professionnel, Paris, 1895.
- MESTRE. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Paris, 1899.
- MIOCO. — La sécurité de la personne physique et la responsabilité contractuelle, Paris, 1938.
- MIRONESCO. — Le nom des personnes en droit comparé, Paris, 1933.
- MONTALBAN. — Le nom littéraire et artistique, Poitiers, 1928.
- MUNIER. — Les droits des auteurs de découvertes ou d'inventions scientifiques, Nancy, 1925.
- MUSSET. — La responsabilité sportive et le règlement de jeu. Etude critique de jurisprudence, Lyon, 1938.
- NETTRE. — Le problème de la propriété scientifique, Nancy, 1925.
- PALMADE. — La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux, Bordeaux, 1909.

- PAUTHE. — De la délimitation du domaine d'influence de la fonction publique en matière d'injure et de diffamation des personnes, Toulouse, 1936.
- PAYEN. — De l'emploi d'engins automatiques pour la défense des propriétés et de la responsabilité pénale, Paris, 1905.
- PERREAU (B.). — De l'affichage des décisions judiciaires et de leur publication par la voie de la Presse, Paris, 1921.
- PERRET (H.). — Des ayants-droit à indemnité au cas d'accident mortel, Paris, 1933.
- PETIT. — Injures et diffamations envers la mémoire des morts, Nancy, 1934.
- PIMIENTA. — Le secret professionnel de l'avocat, Paris, 1937.
- PINATEL. — L'ordre des médecins, Paris, 1937.
- PORCHEROT. — De l'abus du droit, Dijon, 1902.
- PORTE. — Les droits de l'employé-inventeur, Lyon, 1937.
- RAULT. — Le contrat d'édition en droit français, Paris, 1927.
- RICHARDOT. — Les pactes de séparation amiable entre époux, Dijon, 1930.
- RICOL. — Les tendances du droit disciplinaire, Toulouse, 1908.
- RIGAUD. — Le droit réel, Toulouse, 1912.
- RIPERT (G.). — De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Aix, 1905.
- RIPERT (L.). — La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Paris, 1933.
- SACKER. — Du secret professionnel du banquier, Paris, 1933.
- SALVAIRE. — Autorité et liberté, Montpellier, 1932.
- SALVETON. — Le nom en droit romain et en droit français, Lyon, 1887.
- SANDOZ. — De la protection du point d'honneur devant les tribunaux, Paris, 1897.
- SAPIN. — Les assurances de responsabilité professionnelle, Lyon, 1938.
- SAVATIER. — Des effets et de la sanction du devoir moral, Poitiers, 1916.
- SEBAG. — La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, Paris, 1938.
- SERRE. — Du secret professionnel des magistrats, Paris, 1910.
- SOLUS. — L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798 et 1994 du Code civil, Paris, 1914.
- STEFEA. — De la nature personnelle du droit d'auteur, Paris, 1923.
- STOÏESCO. — De l'enrichissement sans cause en droit français, Paris, 1904.
- SUDRE. — Le droit au nom, Paris, 1903.
- SULBLÉ. — De l'imprescriptibilité du nom et des effets de la possession, Paris, 1910.
- TARAKDJI. — L'avortement criminel, étude médico-légale, juridique et psycho-sociale, Toulouse, 1937.
- TERRIN. — Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne des enfants pendant le mariage, Paris, 1934.
- THOMAS. — Essai sur quelques théories économiques dans le *Corpus juris civilis*, Toulouse, 1899.

- TIMBAL. — La condition juridique des morts, Toulouse, 1903.
- TISSERAND. — La répression du suicide, spécialement dans le projet du Code pénal français, Nancy, 1935.
- TITULESCO. — Essai sur une théorie générale des droits éventuels, Paris, 1907.
- TRIBES. — Fondement et caractères de la réparation du préjudice moral, Montpellier, 1932.
- VALLET. — De l'exercice fautif des droits, Poitiers, 1907.
- VALLEUR. — *L'intuitus personæ* dans les contrats, Paris, 1938.
- VELICIU. — De la réparation pécuniaire du dommage moral, Paris, 1922.
- VERWAEST. — Le secret professionnel, Paris, 1892.
- VIALETTE. — L'autorité maritale sur la personne de la femme, Montpellier, 1919.
- VIGNERON. — L'identité des personnes, sa protection légale, Paris, 1937.
- WATRIN. — Les actions en responsabilité civile nées des actes contraires aux bonnes mœurs, Paris, 1917.
- WEILL. — Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, Strasbourg, 1938.

III. — ARTICLES DE REVUES OU PERIODIQUES

- AKERBERG. — La loi du cabinet Hitler sur le mariage et le droit international privé. *Recueil Lambert*, tome 3, § 157, p. 323.
- ANGYAL. — Le tragique et le droit pénal, la Giustizia penale. C. R. dans la *Rev. de Sc. crim. et de droit pén. comparé*, 1939, p. 126.
- APPLETON. — Abstention fautive. *Rev. trim. dr. civil*, 1912. 593.
- BEUDANT et CAPITANT. — Esquisse d'une théorie générale de la responsabilité civile. *Annales de l'Université de Grenoble*, tome 18, 1906, p. 113 et suiv.
- BONNECASE. — Une ère nouvelle dans la structure de la vie de famille. *Rev. générale du Droit*, 1938.
- BREGEAULT. — Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit. *Nouvelle Revue historique de Droit*, 1879, p. 619.
- BRISARD. — Le refus d'opération bénigne. *Recueil spécial des accidents du travail*, 1935, p. 209.
- BRUGEILLES. — Le rapport juridique. *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 293.
- CAMBIER. — Du droit de régler les funérailles. *Revue catholique de droit* (Belgique), 1904-1905, p. 249.
- CAPITANT. — Sur l'abus des droits. *Revue trim. dr. civ.*, 1928, p. 365.
- CARBONNIER. — Le problème de la détention préventive. *Rev. générale du Droit*, 1937, p. 120.
- CÉZAR-BRU et G. MORIN. — La faute, le risque, l'abus du droit. *Annales des Facultés de Droit et de Lettres d'Aix*, tome 2, 1906, p. 87.

- CHAUVEAU. — Classification nouvelle des droits réels et personnels. *Rev. critique*, 1931, p. 539.
- Examen synthétique des questions de responsabilité civile. *Rev. critique*, 1933, p. 306.
- CHEVALLIER. — De la révocation pour cause d'ingratitude des libéralités entre époux et entre futurs époux. *Rev. critique*, 1933, p. 263.
- CUCHE. — Pour une meilleure terminologie. *Archives de philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, 1931, cahiers 1-2, p. 195.
- DABIN. — Droit de classe et droit commun. *Recueil Lambert*, tome 3, § 139, p. 66.
- DEMOGUE. — *Professionisti e non professionisti nel diritto civile. Rev. di filosofia di diritto*, 1921, p. 5.
- Les souvenirs de famille et leur condition juridique. *Rev. trim. dr. civ.*, 1928, p. 27.
- DENNERY. — Du caractère des jugements de condamnation à dommages-intérêts. *Revue critique*, 1937, p. 374.
- DESSERTAUX. — Abus de droit et conflit de droits. *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 119.
- De la protection des enfants légitimes après le prédécès de leur père ou mère. *Rev. trim. dr. civ.*, 1912, p. 31.
- D'HAUTERIVE. — Le cabinet noir. *Revue des Deux-Mondes*, 1938, p. 179.
- DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLE. — La responsabilité médicale. *Annales de médecine légale*, mai 1931.
- DUGUIT (L.). — De la situation des particuliers à l'égard des services publics. *Revue de droit public*, 1907, p. 411.
- DUMAS. — L'essence du Droit. *Archives de philosophie du Droit*, 1936, cahiers 3-4, p. 123.
- ESMEIN. — La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée. *Sem. juridique*, 1938.
- De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident. *Rev. trim. dr. civ.*, 1938, p. 387.
- Remarques sur de nouvelles classifications des obligations. *Etudes Capitant*, p. 235.
- FRANÇOIS. — Contribution à l'Etude de la personnalité. *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger*, 1931 et 1932.
- GARDENAT. — La responsabilité des exploitants de jeux forains. *Semaine juridique*, 1938, f. jaune 69.
- GARRAUD (P.). — Les sports et le droit pénal. *Revue internationale de droit pénal*, 1924, p. 226.
- La loi du 19 juin 1930 portant interdiction de la profession de banquier aux individus frappés de certaines condamnations et aux faillis non réhabilités. *Semaine juridique*, 1931, p. 89.
- GAUGUIER. — Etude critique de législation et de jurisprudence sur le risque professionnel. *Les Lois nouvelles*, 1925, II, p. 239.

- GÉNY. — Risques et responsabilité. *Rev. trim. dr. civ.* 1902, p. 812.
— Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit, *Rev. trim. dr. civil*, 1922, p. 779.
- GOROVITSEFF. — La lutte autour de la notion de sujet de droit. *Rev. trim. dr. civ.* 1926, p. 881.
- GORPHE. — La jurisprudence belge sur la responsabilité du fait des automobiles. *Rev. critique*, 1936, p. 120.
- HALKIN. — La cruauté des supplices de l'Ancien régime. *Nouvelle Revue historique de Droit*, 1937, p. 131.
- HAMEL. — Rapport (le nom patronymique en matière civile et commerciale). *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1927, p. 115, 1928, p. 32.
- HARMAND. — Observations (le droit moral de l'auteur). *Bulletin de la Soc. d'Et. lég.*, 1908, p. 223.
- HAYMANN. — Les prestations médicales de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents. *Revue internationale du travail*, octobre 1938.
- HÉMARD. — Les contrats à titre onéreux entre époux. *Rev. trim. dr. civ.* 1938, p. 718.
- HEREIL et MELLER. — La masse en matière de faillite, ses droits, ses obligations. *Revue générale de droit commercial*, 1938, p. 55.
- HUARD. — De divers droits qu'il ne faut pas confondre avec la propriété intellectuelle. *Le Droit d'Auteur* 1899, p. 202.
- HUBRECHT. — Le certificat pré-nuptial en Allemagne. *Gaz. Pal. doctrine*, oct. 1938.
- JACK (A.). — Les conventions relatives à la personne physique. *Rev. crit.* 1933, p. 362.
— Des particularités de la propriété littéraire et artistique en matière de régimes matrimoniaux, de libéralités et de successions. *Semaine juridique*, 1938, f. jaune 53.
- JARRA. — Les dommages moraux et le Code des Obligations de la République de Pologne. *Bull. Soc. de législ. compar.*, 1935, p. 371.
- JOSSERAND. — La personne humaine dans le commerce juridique. *D. H. chronique*, 1932, p. 1.
— Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Rev. trim. dr. civ.* 1937, p. 1.
- JUGLART (DE). — Les droits de puissance paternelle des ascendants. *Rev. crit.* 1938, p. 383.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — La loi du 18 fév. 1938 sur la capacité de la femme mariée. *D. H. 1938 chronique*, p. 25.
- KIRKPATRICK. — Le « right of Privacy » ou droit au maintien du caractère privé, *Revue (belge) des Assurances et des Responsabilités*, 1933, 1371.
- LALOU. — 1382 contre 1165. *Chronique D. H.* 1928, p. 69.
— Rapport (De la responsabilité du fait des choses). *Bulletin de la Soc. d'Et. législ.* 1932, p. 73.
— Déclaratifs ? attributifs ? (caractères des jugements rendus en matière de responsabilité civile). *Chronique D. H.* 1936, p. 69.

- LEBRUN. — L'interdiction d'exercer une profession privée. *Revue internationale de droit pénal* 1938, p. 250.
- LEPAULLE (P.). — Le droit français connaît-il des actions en vue d'établir un droit ? *Rev. trim. dr. civ.* 1934, p. 773.
- LESOUDIER. — De l'obligation légale pour l'ouvrier victime d'un accident du travail de se soumettre au traitement prescrit par le médecin. *Rev. trim. dr. civ.* 1904, p. 285.
- LÉVY (E.). — Responsabilité et contrat. *Rev. critique* 1899, p. 361.
- La personne et le patrimoine. *Revue socialiste*, tome 53, 1911, p. 545.
- La transition du droit à la valeur. *Revue de métaphysique et de morale*, mai 1911, p. 412.
- LIONEL-LAROZE. — Le nom patronymique. *Annales de la prop. industrielle*, 1882, p. 169.
- MAAS GEESTERANUS. — Le droit moral de l'auteur dans la législation moderne. *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1931-32, tome 61, p. 111.
- MAILLARD. — Déclaration rapportée par M. Lefas à la Soc. d'Etudes législatives en 1922. *Bulletin* 1922, p. 187.
- MAURY. — Chronique de droit international privé (nationalité). *Rev. crit.* 1938, p. 57.
- MAZEAUD (H.). — L'absorption des règles juridiques par le principe général de la responsabilité civile. *Chronique D. II.* 1935, p. 5.
- Essai de classification des obligations. *Rev. trim. de dr. civ.* 1936, p. 1.
- MAZEAUD (L.). — De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits. *Rev. trim. dr. civ.* 1929, p. 17.
- MONTEL. — La réparation des dommages moraux en droit italien. *Bulletin de la Soc. de législation comparée*, 1935, p. 361.
- MOREL. — Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles. *Rev. trim. dr. civ.*, 1908, p. 289.
- MORICE. — Commentaire du décret-loi du 12 nov. 1938 relatif à la situation et à la police des étrangers. *Les Lois nouvelles*, 1939, I, p. 37.
- MORIN (G.). — Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit. *Recueil Lambert*, tome 2, § 102, p. 467.
- MUHLEISEN. — Les jugements déclaratoires en Alsace-Lorraine. *Rev. trim. dr. civ.* 1934, p. 781.
- NAUROIS (Louis DE). — Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant. *Rev. crit.* 1936, p. 472.
- NEUMEYER. — Le nom des personnes en droit administratif. *Rev. de dr. intern. et de lég. comp.*, 1938, p. 827.
- NICOLAS. — Observations au sujet du pouvoir discrétionnaire de l'administration. *Recueil Lambert*, tome 2, § 95, p. 363.
- OLAGNIER. — Compte rendu du livre de M. Michaélidès-Nouaros : « Le droit moral de l'auteur ». *Rev. critique*, 1935, p. 479.
- PERRAUD-CHARMANTIER. — De l'exercice du droit moral de l'auteur ou de l'artiste sur son œuvre, d'après la jurisprudence française. *Rev. critique*, 1937, p. 87.

- Article paru dans le *Répertoire analytique de droit civil et fiscal*, 5 février 1938.
- PERREAU (E.-H.). — De la longue possession en matière de nom patronymique. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1905, p. 65.
- Des droits de la personnalité. *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 501.
- Du rôle de l'habitude dans la formation du Droit privé. *Rev. trim. dr. civ.*, 1911, p. 270.
- Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence. *Rev. trim. dr. civ.*, 1914, p. 485.
- Soins médico-chirurgicaux s'imposant aux victimes du travail et aux assurés-accidents. *Rev. critique*, 1936, p. 305.
- Distributeurs, compteurs et appareils automatiques analogues. *Rev. critique*, 1938, p. 110.
- Les assurances et la loi du 18 fév. 1938. *Rev. générale des Assur. terr.*, 1938, p. 421.
- Maladies contagieuses et baux à loyer. *Etudes Capitant*, p. 601.
- PERROUX (F.). — Le mot « capitalisme ». *Esprit*, 1^{er} sept. 1938, p. 711.
- PLASTARA. — Libertés et patrimoines. *Rev. trim. dr. civ.*, 1912, p. 887.
- POTU. — Le droit moral de l'auteur sur son œuvre. *Annales de droit commercial*, 1909, p. 211.
- RAYNAUD. — La renonciation à un droit. *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 796.
- RICHER. — De la production des dossiers d'instruction devant le juge civil. *Rev. de Sc. crim. et de droit pén. comp.*, 1938, p. 31.
- RIPERT (G.). — Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce. *D. H. chronique* 1939, p. 1.
- Ebauche d'un droit civil professionnel. *Etudes Capitant*, p. 677.
- RIPERT et TEISSEIRE. — Enrichissement sans cause. *Rev. trim. dr. civ.* 1904, p. 727.
- ROUBIER. — Droits intellectuels ou droits de clientèle. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1935, p. 251.
- L'influence des conceptions nationales-socialistes sur le droit de l'inventeur (loi allemande du 8 mai 1936). *Rec. Lambert*, tome 3, § 155, p. 291.
- RUFFINI. — De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques. *Académie de Droit international. Recueil des Cours*, 1926, II, tome 12, p. 396.
- RUTTKE (Dr.). — La loi allemande sur la prévention de tares et la législation scandinave sur la stérilisation. *Rec. Lambert*, tome 2, § 100, p. 428.
- SALEILLES. — Le droit au nom individuel dans le Code civil allemand. *Rev. critique*, 1900, p. 94.
- SAUZET. — Responsabilité des patrons. *Rev. critique*, 1883, p. 596.
- SAVATIER. — La convention de séparation amiable entre époux. *Rev. trim. dr. civ.* 1931, p. 535.

- Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. *Rev. trim. dr. civ.* 1934, p. 544.
- Puissance maritale. *Rev. critique*, 1936, p. 206.
- Commentaire de la loi du 18 fév. 1938, portant modification des textes du Code civil, relatifs à l'incapacité de la femme mariée. *Les Lois nouvelles*, I, p. 50.
- De l'exercice des actions en dommages-intérêts appartenant personnellement au failli. *Rev. générale du droit des faillites et des liquidations judiciaires*, 1938, p. 22.
- Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile. *Rev. trim. dr. civ.*, 1938, p. 187.
- L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle. *Etudes Capitant*, p. 729.
- SILZ. — La notion juridique de droit moral de l'auteur. *Rev. trim. dr. civ.*, 1933, p. 331.
- UGEUX. — Le jugement de condamnation à des dommages-intérêts est-il déclaratif ou constitutif de droit? *Rev. générale (belge) des Assurances et des responsabilités*, 1938, 2595.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (DE). — Propriété. *Rev. trim. de dr. civil*, 1905, p. 443.
- VAUNOIS. — Rapport sur la propriété artistique. *Le Droit d'auteur*, 1892, p. 120.
- Rapport à la Société d'Etudes législatives. *Bulletin*, 1908, p. 217.
- VECCHIO (G. DEL). — Essai sur les principes généraux du droit. *Rev. crit.*, 1925, p. 186.
- VERVAECK (DR.). — Le problème de la stérilisation eugénique en Suède et la stérilisation des déficients. *Revue (belge) de droit pénal et de criminologie*, 1924, p. 894.
- Le traitement de tous les délinquants dans le cadre pénitentiaire, même revue, 1924, p. 642.
- Les lois de stérilisation eugénique, même revue, juillet 1935.
- L'obligation du traitement pour les buveurs dangereux, même revue, juillet 1938 ; *la Giustizia penale, parte prima*, oct. nov. 1938, col. 795.
- VIGNERON. — L'identité des personnes dans le domaine civil. *Gaz. Pal. doctrine*, janvier 1938, p. 15.
- WALINE. — Le secret professionnel des fonctionnaires. *D. H. chronique*, 1930, p. 65.
- WALTON. — La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne. *Recueil Lambert*, tome 2, § 69, p. 56.
- ZOLL. — Le droit patrimonial et le droit moral dans la conception polonaise du droit de l'auteur. *Recueil Lambert*, tome 2, § 106, p. 526.

IV. — NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- APPERT. — S. 1899.1.337.
- APPLETON. — D. P., 1902.2.73 ; D. P., 1935.2.55 ; D. P., 1936.1.100 ; D. P., 1938.1.70.

- BEUDANT. — *D. P.*, 1894.1.341.
BRÈTHE. — *S.*, 1925.1.217.
CAPITANT. — *D. P.*, 1898.1.121 ; *D. P.*, 1913.1.41 ; *D. P.*, 1922.1.5.
CARBONNIER. — *D. P.*, 1935.1.52.
CHAMPCOMMUNAL. — *Pand. fr.*, 1897.2.81.
CHARMONT. — *Revue critique*, 1900, p. 9.
CHAVEGRIN. — *S.*, 1928.2.137.
CLARO. — *D. P.*, 1903.2.121 ; *D. P.*, 1907.2.297 ; *D. P.*, 1918.2.49.
COLIN. — *D. P.*, 1903.1.5 ; *D. P.*, 1904.2.1.
COMMAILLE. — *Pand. fr.*, 1907.2.1.
COSTES. — *S.*, 1936.2.201 ; *S.*, 1938.2.49.
CUCHE. — Chronique de législation et de jurisprudence criminelle. *Rev. critique*, 1935, p. 336.
DALLANT. — *Semaine juridique* 1938, f. bl. 795 ; *Semaine juridique* 1938, f. bl. 922.
DEMOGUE. — *S.*, 1908.2.177 ; *S.* 1922.1.257 ; Chroniques, *Rev. trim.* 1904, p. 860 ; 1911, p. 145, et 1936, p. 187.
DESBOIS. — *D. P.*, 1936.2.9 ; *D. P.*, 1938.1.97.
DONNEDIEU DE VABRES. — Chronique, *Rev. de Sc. crim. et de droit pénal comp.*, 1938, p. 505.
DUPOND. — *S.*, 1938.2.129 ; *S.* 1933.3.17.
DURAND. — *S.*, 1936.2.81.
EISENMANN. — *D. P.*, 1938.3.1.
ESCARRA. — *D. P.*, 1938.2.41.
ESMEIN (A.). — *S.*, 1897.1.17 ; *S.*, 1898.1.17.
ESMEIN (P.). — *S.*, 1921.1.313 ; *S.*, 1930.1.121 ; *S.* 1938.2.170.
FALCIMAIGNE. — *D. P.*, 1926.1.83.
FLOUR. — Examen doctrinal de jurisprudence. Responsabilité civile. *Rev. crit.*, 1938, p. 362.
FRÉJAVILLE. — *D. P.*, 1933.1.97.
GAUDEMET. — Chroniques. *Rev. trim.*, 1927, p. 411, 1928, p. 405, et 1929, p. 745.
GÉNY. — *S.*, 1928.1.353 ; *S.*, 1932.2.145 ; *S.*, 1936.2.169.
HARDOIN. — Examen doctrinal de jurisprudence : état des personnes. *Rev. crit.*, 1938, p. 437.
HÉMARD. — *S.*, 1930.2.105 ; Chronique, *Rev. trim.*, 1913, p. 222.
HÉMARD (Jean). — Note, *Rev. générale de dr. comm.*, 1938, p. 702.
HUGUENY. — *S.*, 1914.1.209 ; *S.*, 1922.2.105 ; *S.*, 1923.2.17 ; *S.*, 1927.1.337 ; *S.*, 1928.1.5 ; *S.*, 1936.1.393 ; Chroniques, *Rev. de Sc. crim.*, 1937, p. 483, 692 ; 1938, p. 70, 74, 714 ; 1939, p. 84.
JAPIOT. — Chroniques, *Rev. trim.* 1914, p. 680 ; 1915, p. 422, 575.
JOSSEMAND. — *D. P.*, 1924.1.97 ; *D. P.*, 1928.1.50.
LABBÉ. — *S.*, 1877.1.161 ; *S.*, 1877.1.397 ; *S.*, 1879.2.193 ; *S.*, 1881.1.49 ; *S.*, 1881.2.21 ; *S.*, 1884.2.21 ; *S.*, 1889.2.121 ; *S.*, 1891.2.185.
LAGARDE. — Chroniques, *Rev. trim.* 1936, p. 466 ; 1938, p. 80, 437 ; 1939, p. 134.
LALOU. — *D. P.*, 1920.2.138 ; *D. P.*, 1932.2.77 ; *D. P.*, 1932.2.119 ; *D. P.*, 1935.2.45.
LÉGAL. — *S.*, 1938.1.201.
LELOIR. — *D. P.*, 1904.2.157.

- LEVASSEUR. — S., 1935.2.121.
LÉVY. — Chronique, *Rev. trim.*, 1907, p. 428.
LOUP. — D. P., 1938.2.68.
LOYNES (DE). — D. P., 1893.2.81.
LYON-CAEN. — S., 1886.2.226 ; S., 1903.1.5.
MAGNOL. — Chronique, *Rev. de Sc. crim.*, 1937, p. 680, 682.
MARTY. — S., 1931.1.145 ; S., 1938.1.321.
MAZEAUD (L.). — D. P., 1927.1.185.
MAZEAUD (H. et L.). — Chronique, *Rev. trim.*, 1938, p. 456, 467.
MESTRE. — S., 1918-19.2.113.
MIMIN. — D. P., 1937.2.20 ; D. P., 1938.1.28 ; D. P., 1938.1.42.
NAQUET. — S., 1903.1.505 ; S., 1920.1.249.
NAST. — D. P., 1928.2.89 ; D. P., 1930.2.111 ; D. P., 1930.2.129 ;
D. P., 1930.2.155 ; D. P., 1932.1.68 ; D. P., 1934.2.77 ; D. P.,
1934.2.89 ; D. P., 1935.1.27 ; D. P., 1936.1.27 ; D. P., 1936.2.65 ;
D. P., 1937.2.28 ; D. P., 1937.2.63 ; Chronique, *Rev. crit.*,
1933, p. 290, 291.
PERCEROU. — D. P., 1930.2.145.
PERREAU (E.-H.). — S., 1903.2.73 ; S., 1906.2.217 ; S., 1924.1.177 ;
S., 1928.2.113 ; S., 1931.2.193 ; S., 1935.2.81 ; S., 1938.1.137.
PIC. — D. P., 1926.2.33 ; D. P., 1934.2.20.
PLANIOL. — D. P., 1898.2.465.
RIPERT. — D. P., 1928.1.5 ; D. P., 1928.1.145 ; D. P., 1929.1.130 ;
D. P., 1930.1.157 ; Chronique, *Rev. critique*, 1908, p. 193.
ROLLAND. — D. P., 1938.3.41.
ROUAST. — D. P., 1920.2.9 ; D. P., 1922.2.25 ; D. P., 1926.1.225.
ROUSSEAU. — S., 1930.2.89 ; S., 1938.1.209 ; S., 1938.1.169.
ROUX. — S., 1927.1.273.
SALEILLES. — S., 1894.2.185 ; D. P., 1897.1.433 ; S., 1900.2.121 ;
S., 1903.1.321.
SALLÉ DE LA MARNIERRE. — D. P., 1936.2.25.
SARRUT. — D. P., 1888.1.5 ; D. P., 1923.1.57.
SAVATIER. — D. P., 1922.1.201 ; D. P., 1923.1.81 ; D. P., 1925.2.9 ;
D. P., 1928.1.113 ; D. P., 1929.1.89 ; D. P., 1930.2.27 ;
D. P., 1936.2.41 ; D. P., 1937.1.33 ; D. P., 1938.1.77 ; Chroni-
ques, *Rev. trim.*, 1928, p. 718 ; 1931, p. 166, 459 et 622 ;
1937, p. 399.
SOLUS. — Chronique, *Rev. trim.*, 1928, p. 448 ; 1937, p. 646.
THALLER. — D. P., 1907.2.201.
TORTAT. — S., 1936.1.209 ; S., 1938.1.193.
TOULEMON. — S., 1938.2.57.
VALÉRY. — D. P., 1895.2.537.
VANDAMME (Mlle). — D. P., 1938.1.37.
VAUNOIS. — *Annales Pataille*, 1888.281.
VIALLETON. — S., 1926.1.137.
VOIRIN. — D. P., 1930.1.49 ; D. P., 1939.1.5.
WALINE. — D. P., 1937.3.57 ; D. P., 1938.3.33.

V. — RECUEILS DE JURISPRUDENCE ET REVUES

Annales Pataille (Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire). (Abréviation: Ann. Pat. ou Ann. prop. ind.).

Bulletin de la Société d'Etudes législatives.

Bulletin trimestriel de la Société de Législation Comparée.

Dalloz. — Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (abréviation D. P.).

— Recueil hebdomadaire de jurisprudence (abréviation : D. H.).

— Jurisprudence générale. Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence (abréviation D. Jur. Gén.).

— Répertoire pratique : V° ce mot dans la table des ouvrages généraux.

Journal des Assurances.

La Loi.

La Semaine juridique (abréviation Sem. jur.).

Le Droit.

Le Droit d'Auteur.

Les Lois nouvelles.

Pandectes françaises périodiques (abréviation Pand. fr.).

Pasicrisie belge (abréviation Pas.).

Recueil de la Gazette du Palais (abréviation Gaz. Pal.).

Recueil de la Gazette des Tribunaux (abréviation Gaz. Trib.).

Recueil spécial des accidents du travail (abréviation Rec. sp.).

Revue critique de droit international.

Revue critique de législation et de jurisprudence (abréviation Rev. crit.).

Revue de droit international et de législation comparée.

Revue de droit pénal et de criminologie (Belgique).

Revue du droit public et de la science politique.

Revue générale des Assurances terrestres.

Revue générale des Assurances et des responsabilités (Belgique).

Revue générale de Droit commercial.

Revue générale du droit des faillites et liquidations judiciaires.

Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence.

Revue internationale de droit pénal.

Revue internationale du travail.

Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé.

Revue trimestrielle de Droit civil.

Sirey (Recueil général des lois et arrêts) (abréviation S.).

VI. — DROITS ETRANGERS

a) *Droit allemand*

- BARTHEL. — Die strafrechtliche Regelung der Vivisektion. *I. D.*, Iena, 1937.
- BERTELTSEN. — Die Ehre und die Beleidigungsfähigkeit von Personengesamtheiten, *I. D.*, Köln, 1937.
- BIERLING. — Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Gotha, 1883.
- BLUNTSCHILI. — Deutsches Privatrecht, München, 1864.
- BOOR (DE). — Urheberrecht und Verlagsrecht, Stuttgart, 1917.
- BÖRGER. — Das Persönlichkeitsrecht, sein Wesen und seine Anerkennung in der Rechtsordnung, *I. D.*, Erlangen, 1933.
- DIEPGEN. — Beweiswürdigung bei Blutprobe, *I. D.*, Iena, 1937.
- ENDERS. — Persönlichkeitsschutz und Persönlichkeitsrecht, in heutiger Lebens- und Rechtsauffassung, *I. D.*, Bonn, 1936.
- GAREIS. — Das Recht am menschlichen Körper, Sonderabdruck aus der Festgabe der Königsberger Juristischen Fakultät zum Doktorjubiläum für Geheimrat Dr. Theodor Schirmer, Königsberg, 1900.
- GIERKE. — Deutsches Privatrecht, *I.*, Leipzig, 1895.
- JELLINEK. — System der subjectiven öffentlichen Rechte, Fribourg, 1892.
- KETTELER. — Die Erneuerung der Ehrenstrafe, *I. D.*, Köln, 1937.
- KLUSEMANN. — Das Recht des Menschen an seinem Körper, *I. D.*, Leipzig, 1907.
- KNAPS. — Der Strafschutz des deutschen Volkes vor ehrenkränkenden Gedankenäusserungen, *I. D.*, München, 1937.
- KNEFELI. — Die Haftung bei Sportverletzungen, *I. D.*, Iena, 1937.
- KNUST. — Die Entmannung nach dem geltenden Recht, *I. D.*, Iena, 1936.
- KOHLER. — Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Wurzburg, 1883.
- KOPSCH (Dr.). — De la nature unique du droit d'auteur dans la protection juridique de l'inventeur, publication de l'Académie für Deutsches Recht, Berlin, 1936.
- KÖRTING. — Die Strafen in der sozialen Ehrengerichtbarkeit, *I. D.*, Iena, 1937.
- KRUPP. — Die Voraussetzungen der Vaterschaftsklage und ihr neuer Sinngehalt im geltenden und z. Recht, *I. D.*, Köln, 1937.
- LEDERER. — Die Sterilisation als sichernde Massnahme, Zeitschrift für die gesam. Strafrechtswissenschaft, 1911, p. 542.
- MICHAELIS. — Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse im deutschen Urheberrecht und droit moral des französischen Rechts, *I. D.*, Leipzig, Berlin, 1926.
- NEUENHOFF. — Sterilisation als strafbare Handlung, *I. D.*, Iena, 1937.
- REGELSBERGER. — Pandekten, Leipzig, 1893.

- REINHARDT. — Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung, Mannheim, 1931.
- RIEZTSCH. — Das kommende deutsche Strafrecht.
- RITSCHEL. — Das Recht am eigenen Bilde in Archiv für die civ. Pr., 1903, vol. 94, p. 142.
- RÖTTGEN. — Der Eingriff des Arztes ohne oder wider Willen des Patienten, I. D. Köln, 1937.
- RUMBERT. — Die Rassenschande, I. D., Köln, 1937.
- SEILER. — Wesen und Schutz der sozialen Ehre nach der national-sozialistischen Gesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit, I. D., Köln, 1936.
- SUNDERDICK. — Das Disziplinarstrafrecht des Sports, I. D., Iena, 1937.
- TEPPER. — Die Gemeinschaftsehre, I. D., Köln, 1937.
- THON. — Rechtsnorm und Subjectives Recht, Herman Bohlau Weimar, 1878.
- TUHR (Von). — Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts I (Allgemeine Lehren und Personenrecht), Leipzig, 1910.
- URLICHs. — Das Wesen des Immaterialgüterrechts im neueren Schrifttum, I. D., Köln, 1937.
- WIEDEMANN. — Die Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt, I. D., Iena, 1936.
- WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts, 4^e édition Düsseldorf, 1875; 9^e édition, 1906 (revue par Kipp).

NOTA. — V^o sur le droit au corps ou sur le cadavre, la bibliographie indiquée au n^o 68, note 1; sur le droit à son image, les références du n^o 77, note 1.

ABRÉVIATIONS

- Arch. Ufta = Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht.
- B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
- R.G.Z. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

b) Droit italien

- BRASIELLO. — Diritti soggettivi disponibili e indisponibili. Il diritto della persona. Estratto degli Studi in onore di Mariano d'Amelio, 1933.
- CANNIZZO DE GERONIMO. — I diritti sul proprio cadavere, Catania, Giannotta, 1924.
- CHIOVENDA. — L'azione nel sistema dei diritti: prolusione, Bologna, 1903.
- Principii di diritto processuale civile, Naples, 1906.
- FERRI. — L'Omicidio-Suicidio, 5^e éd. 1925.
- MALGARINI. — Della libertà civile nelle costituzioni moderne, Bologna, Fava et Garagnani, 1834.

- MIGLIORE. — Sulla disponibilità del diritto alla vita ed alla integrità fisica, *Palestra del Diritto*, 1934, fasc. 2.
- PIOLA CASELLI. — Il diritto morale dell' inventore, *Riv. dir. civ.*, 1935, 597.
- RAVA. — I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto, *Turin*, 1901.
- RICCA-BARBERIS. — Gli effetti della disposizione relativa al proprio cadavere, *Atti della Accademia delle Scienze di Torino*, 1903.
- ROCCO A. — L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, *Turin*, 1913.
- SALTELLI. — Disponibilità del diritto e consenso del l'avente diritto (in tema di attentati alla integrità personale), 1934.

c) *Droit suisse*

- GIESKER (Hans). — Das Recht des Privaten an der eigenen Heimosphäre, *I. D.*, Zürich, 1904.
- GRODENSKY. — Le droit sur une chose non physique, *thèse Genève*, 1919.
- LADOR (Jacques). — Des droits strictement personnels, *thèse Lausanne*, 1933.
- LERESCHE (Armand). — L'atteinte au crédit en droit civil suisse, *thèse Lausanne*, 1920.
- MELLIGER (Alphons). — Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten, *I. D.*, Berne, 1929.
- REGAMEY (Marcel). — La protection de la personnalité en droit civil, *thèse Lausanne*, 1929.
- ROGUIN. — La règle de droit, étude de science juridique pure, *Lausanne*, 1889.
- SPECKER (Karl). — Die Persönlichkeitsrechte, mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privat-Recht, *I. D.*, Zürich, 1910.
- VODOZ (Antoine). — Le boycottage en droit civil suisse, *Yverdon*, 1926.

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage; quand il y a plusieurs numéros pour un même mot, les chiffres en caractères gras se réfèrent aux parties du livre dans lesquelles le sujet est traité avec quelque étendue.

A

ABSOLUS (droits). V° Droits.
ACCIDENTS DU TRAVAIL, V° Travail.
ACTION, 154 et suiv.; actions d'état, V° Etat; Action en réparation du préjudice, V° Préjudice; Actions préventives, cf. Gignoux, Les actions préventives, Lib. Gén., 1935; Action oblique, V° Créanciers.
ADMONITION, 96; cf. Breillat-Milhaud, Des libertés publiques en droit fasciste, *th.* Montpellier, 1939, p. 44 et suiv.
AFFECTION (droit à l'), 140, note 3.
ALCOOLQUES, 49, note 6.
ALIÉNÉS, 49.
ALIMENTS (droit à des), 3; 5, 3°; 214.
ALLEMAND (droit), V° Droit.
AMOUR (droit à l'), 137, note 4; 149, note 16.
ANALYSE DU SANG, 59, note 3.
ANIMAUX, 8, note 10.
ARCHITECTE (droit moral de l'), 115, note 4.
ARTISTE (droit moral de l'), 115, note 5.
ATTRIBUTS DE LA PERSONNALITÉ, V° Personnalité.
AUTEUR (droits d'), droit d'auteur et droit à son image, 79; historique, 110; attributs droit moral, 112, 113; contrefaçon,

114; droit moral, 120, 177, 182, 185, 192, note 5; 195, 200, 206, note 23; distinction droit moral et droit patrimonial, 121 et suiv.; droit patrimonial et rég. de communauté, 125, 220; droit au titre, 116, note 8 in fine; droit de suite, 126 (loi de 1920), note 4.

AUTOPSIE, 132, note 6.

AVORTEMENT, 46, 1° a; 52, 60.

B

BIENS, 1 (t. et n° 1); biens juridiques, 162.

BOXE, V° Sports.

C

CADAVRE, 62, note 2; **68**, note 1.

CAPACITÉ, 22; — de la femme mariée, 136; — en matière de conventions relatives à des intérêts non patrimoniaux, 192.

CASIER CIVIL, 10, note 2; 20 in fine; **23**, note 1.

CASTRATION, **45**, 52.

CAUSE (recours à la théorie de la), 190.

CERTIFICAT PRÉNUPTIAL, 49, note 7.

CHATIMENTS CORPORELS, 44.

CHOSES HORS DU COMMERCE, 188, 194.

CIVILS (droits), V° Droits.

CLASSIFICATIONS (valeur des), 7, note 1.
 COMMUNAUTÉ (régime de), 125, 126, 206, notes 7 et 8; 220.
 CONSENTEMENT — de la victime d'un dommage, 187; liberté du — 191.
 CONVENTIONS (relatives aux droits extrapatrimoniaux), 185 186.
 CORPS HUMAIN, 68, 69; V° Intégrité corporelle, cadavre.
 COUPS ET BLESSURES, 52, 53, 222, note 8.
 CRÉANCIERS (les droits extrapatrimoniaux et les), 205.

D

DÉNONCIATION CALOMNIEUSE, 96, note 12.
 DIFFAMATION, 96, 97, 98; voir le décret du 21 avril 1939, *J. O.*, 25 avril 1939, modifiant les art. 32, 33 et 60 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
 DISCIPLINE, V° Profession.
 DOMICILE, 17 et suiv.; nature juridique, 19; — des étrangers, 21; domicile et profession, 31, note 5; intérêts pratiques de la détermination du — 18; de la non-existence d'un droit au — 21, 179.
 DOMMAGE, V° Préjudice.
 DOMMAGES-INTÉRÊTS, 55, 2°; 211, 216, V° Préjudice.
 DROIT allemand, 4, 45, 47, 68, 77, 94, note 5, 96, 104, note 3, 108, 122, note 11; 166; civil, V° Droits subjectifs, responsabilité; comparé, 4; naturel, 149, 168; objectif, 31, note 6; pénal, 18, note 1; 32, note 1, 41, note 2; 52, 53, 61, 62, 81, 89, 96, 97, 99, 105, 114, 2°; 222, note 8; positif, 149; public, 5 in fine; romain, 5, note 8; 53, note 9; 75, 163, note 23; suisse, 94, note 5; 166;
 DROITS absolus, 173; acquis, 176, note 11; attachés à la personne, 3, 126, 213 et suiv.; civils, 5; de clientèle, 124, note 2; définis, 161; déterminateurs, 162, 175, 177; économiques, 3; extra-commercium, 3, 126, 213

et suiv.; extrapatrimoniaux, V° Extrapatrimoniaux; de famille, 134 et suiv.; de l'homme, V° Droits publics; innés, 163; moraux, 3; naturels, V° Droits publics; négatifs, 172; patrimoniaux, 3, 126, 213 et suiv.; pécuniaires, 3; de la personnalité, 3, 166, 167; personnels, 3; politiques, 5, 143; primordiaux, V° Droits innés; publics, 5, 143; réels, 160, note 3; reflets, 159; relatifs, V° Droits - absolus; sanctionneurs, 162, 174; strictement personnels, 206, note 13; subjectifs, 148 et suiv.; 158, 159, 160, 162; V° Amour, auteur, domicile, état, honneur, image, individualité, intégrité corporelle, nom, propriété, secret, travail.

DUEL, 99; 187, note 1 in fine.

E

ECONOMIQUES (droits), V° Droits
 ENGINS AUTOMATIQUES, V° Légitime défense.
 ESCLAVAGE, 8, 22, 30.
 ETAT, 22 et suiv., 212; actions d' — 183, 186, 196, 202, 206; — et capacité, V° Capacité; de la non-existence d'un droit à l'état, 24, 179.
 ETAT-CIVIL, 23, 31.
 ETRANGERS (domicile des), V° Domicile.
 EUGÉNISME, 50; V° Stérilisation, certificat prénuptial.
 EXTRAPATRIMONIAUX (droits), notion 174 et suiv.; caractères juridiques, 179 et suiv.; exemples de droits — 16, 70, 80, 93, 120, 123, 130, 132; Théorie délictuelle, 13, 76, 86, 88, 92, 100, 103, 118, 138, 142; Théorie contractuelle, 83, 91, 119; Théorie du droit de propriété, 14, 78; Intérêts —, V° Intérêts.

F

FACULTÉS, 161, 162, note 15; 171.
 FAILLITE, 205, notes 6 et 7; 206, notes 9 et 10.

FAMILLE, droits de — V° Droits; souvenirs de — V° Souvenirs; tombeaux de — V° Tombeaux.
FAUTE, notion de — 163, 174; considérée comme la violation d'un droit, 163; — professionnelle, 35; — s contre l'honneur, 106.
FEMME MARIÉE (capacité de la), V° Capacité.
FIGURE HUMAINE, V° Image.
FILIAION, le nom, marque de la — 12, 15; V° Etat (actions d').
FONCTION, V° Profession.
FUNÉRAILLES, 133.

G

GARDE (droit de), 140, 141, 142; Conventions relatives au droit de — 182, 185, V° Puissance paternelle.

H

HOMICIDE. — V° Coups et blessures.
HOMME (droits de l'), V° Droits publics.
HONNEUR, droit à l' — 104, 109, 177, 179, 1°; notion de l' — en Allemagne, 104, note 3; défense de l' — des collectivités n'ayant pas la personnalité morale, 98 (voir le décret du 21 avril 1939, *J. O.*, 25 avril 1939, modifiant les art. 32, 33 et 60 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse); — et secret 88, — professionnel, 105 et suiv.

I

IMAGE (droit à son), 74 et suiv., 177, 185, note 22.
IMPREScriptIBILITÉ (des droits extrapatrimoniaux), 194 et suiv.
INCESSIBILITÉ, V° Indisponibilité; — des dr. patrimon. à caractère personnel, 218; comp. 216.
INDISponIBILITÉ (des droits extrapatrimoniaux), 181 et suiv.
INDIVIDU, V° Personne.
INDIVIDUALITÉ (droit à l'), 8.

INJURE, V° Diffamation.
INSAISSABILITÉ — des droits extrapatrimoniaux, V° Créanciers; — des droits patrimoniaux à caractère personnel, 219.

INTÉGRITÉ CORPORELLE, protection de l' —, 48, 51 et suiv.; droit à l' — 66; 176 in fine, 177; convention relatives à l' — 186, 187.

INTÉRÊT moral, 3, note 1; — et préjudice, 14 (t. et note 17); — s extrapatrimoniaux, 177; V° Biens juridiques.

INTRANSMISSIBILITÉ SUCCESSORALE (des droits extrapatrimoniaux), 198 et suiv.; comp. 217.

INTUITUS PERSONAE, 214, note 8.
INVENTEUR (droit moral de l'), 115, notes 1, 2 et 3.

J

JOUISSANCE LÉCALE (droit de), 3, 214.
JOURNALISTE (droit moral du), 115, note 6.
JUGEMENT CONSTITUTIF OU DÉCLARATIF, 174 (t. et note 18).
JURISPRUDENCE, rôle créateur de la — 222; la jurisprudence et le nom de famille, 14, note 8; la jurisprudence et le droit à son image, 76; la jurisprudence et le droit au secret, 92; la jurisprudence et le droit moral de l'auteur, 123; incertitudes de la — 208.

L

LÉGITIME DÉFENSE de la personne, des biens, 53; de l'honneur, V° Droit de réponse (97 note 12); droit de — 175 (t. et note 1), 182.
LETTRES MISSIVES, V° Secret.
LIBERTÉS, 42, 145.

M

MALADIES CONTAGIEUSES, 55, note 1.
MARIAGE, 42, note 1, 135 et suiv., 202, note 1.

MUTILATIONS VOLONTAIRES, 60.
MORALE, 2 b; → et droit naturel, 149, 2°.
MORAUX (droits), V° Droits.
MORT CIVILE, 8, note 7.
MORT (peine de), 43.
MORTS (conditions des), 8 note 5.

N

NATIONALITÉ, 22, note 2; 24, note 3.
NATUREL (droit), V° Droit, Morale.
NOM — commercial, 9, 212 ;
— des pers. morales non commerçantes, 9, note 4 ; relèvement du — des citoyens morts pour la patrie (loi de juillet 1923), 11, note 5 ; droit au — 13 et suiv.; 177, 182, 185, 195, 199 ; atteintes portées au — par le romancier, 102 ; le — et le droit moral de l'auteur, 113 ; V° Filiation, Extrapatrimoniaux.

O

OBLIGATION déterminée, 176, note 1 ; — générale, 176, note 1 ; — de sécurité, 35, note 3, 55, 176, 186, note 11.
OFFENSE, V° Outrage.
ORDRE PUBLIC, 10, 37, 84, 188, 189, 190.
OUTRAGE, 105.

P

PATRIMOINE, 1, note 2; 25 et suiv.; 179, 1°.
PATRIMONIAUX (droits), V° Droits.
PÉCUNIAIRES (droits), V° Droits.
PEINE PRIVÉE, 211, note 4.
PERSONNALITÉ (Notion de), V° sujet de droit ; Attributs de la —, 8 in fine ; Droits de la —, V° Droits.
PERSONNE — et individu, 8, note 3 — physique (protection de la), V° Intégrité corporelle, légitime défense, responsabilité ; — morale, 8, note 8 ; nom des personnes morales non commerçantes, 9, note 4 ;

domicile, 19, note 1 ; nationalité, 22, note 2 ; défense des intérêts moraux, 100, note 3 ; 98, 106, notes 11, 12, 13 ; 139, note 5 ; droits attachés à la : V° Droits.

PERSONNELS (droits), V° Droits.
PHILOSOPHIE, 4, V° Morale.

POLICE CIVILE (institution de), 10, 13, 17, 24, 38, 84.

POLITIQUES (droits), V° Droits.

POSSESSION (rôle de la), V° Prescription, droit de —, 155, note 10.

POUVOIR JURIDIQUE — et droit subjectif, 160.

PRÉJUDICE, intérêt et —, 14 (t. et note 17), 174, notes 26, 27 ; considéré comme la violation d'un droit, 164 (n. 11) ; corporel, 55 et suiv. ; moral, 13, 14, 55, 2°, 76, 86, 88, 96, n. 10, 100, note 1, 101, 102, 103, 118, 138, 142, 132 (notes 4 à 7) ; 201, 211 (références bibliographiques, notes 3 et 5) ; aux thèses citées, ajouter Bernard Delmas, Du préjudice moral, th. Toulouse 1939 ; exercice de l'action en réparation du — moral : 187, 203, 205. — V° Extrapatrimoniaux (droits), théorie délictuelle.

PRESCRIPTION, V° Imprescriptibilité.

PROFESSION, 29 et suiv., 179, 1° ; usages de la —, 34 ; honneur dans la —, 36 ; secret dans la —, 85 ; interdiction de la —, 96, note 7. V° Responsabilité.

PROPRIÉTÉ (droit de), 160 (notes 3 et 4) ; 174 (notes 25, 26, 27).

V° Possession, Extrapatrimoniaux (droits).

PROSTITUÉES, 49, note 5.

PUBLICITÉ (de la condamnation pénale), 96.

PUBLICS (droits), V° Droits.

PUISSANCE MARITALE, 135 et suiv. ; — paternelle, 139 et suiv. V° Garde (droit de).

R

RACE, 10, note 2 ; 22, note 1.

REFUS DE TRAITEMENT, 46, 1° b ; 57, 58.

RÉPARATION (action en), V° Préjudice.

RÉPONSE (droit de), 97, 201.

REPRÉSENTATION (impossibilité d'une — par autrui), 205, 206.

RESPONSABILITÉ, — civile, 55 ; — médicale, 33, note 7 ; 49 ; — professionnelle, 35, 85 in fine ; — pour renseignements, 101 ; — du romancier, 102. V° Accidents du travail, oblig. de sécurité, faute, sports, préjudice.

RÉVOCATION (action en — d'une donation pour ingratitude), 201, note 2 ; 214, note 9.

S

SECRET, 81 et suiv. ; — d'Etat, 81, note 2 ; — professionnel, 37, 82 et suiv. ; — de fabrique, 81, note 3 ; — des lettres missives ; droit au, 87, 93, 94, 177, 179.

SÉPULTURES, V° Tombeaux.

SITUATION JURIDIQUE, 6, note 1 ; 73, note 1.

SOUVENIRS (de famille), 129 et suiv., 179.

SPORTS, Responsabilité en matière de, 187, note 1.

STÉRILISATION, 47, 60, note 1 : Cf. : Alarcon, Etude sur les lois de la stérilisation eugénique, Th. médecine, Paris, 1934 ; Girard, Considérations sur la loi eugénique allemande du 14 juillet 1933, Th. médecine Strasbourg, 1934 ; Mayaud, Le problème de la stérilisation humaine, la société a-t-elle le droit de stériliser les individus ? Th. médecine, Paris, 1934 ; Swarc, La stérilisation eugénique des anormaux, Th. médecine, Paris, 1934.

SUCCESSION (droit de), 5, 3° — V° Intransmissibilité successorale.

SUICIDE, 61 et suiv.

SUJET DE DROIT, 8, notes 4 et 5 ; 204, notes 6 et 7. V° Individualité, personne morale.

SUPPLICES, 43, note 1 ; 62, note 2.

T

TERMINOLOGIE, 3 (note 14) ; 6, note 1 ; 8, note 4 ; 22, note 5 ; 42, note 1 ; 73, note 1 ; 149, 181.

TOMBEAUX (de famille), 131 et suiv. ; 201, note 1.

TRAVAIL, Accidents du —, 56, 57, 58, 175, note 3 ; Droit au —, 149, note 17.

TUTELLE, 142 ; 206.

U

USAGES (professionnels), V° Profession.

V

VACCINATION, 49, note 3.

VALEUR, — d'échange, 1 ; — du professionnel, 3 in fine, 38, note 1 ; — sociale, 46 ; régime des valeurs, 32, note 4 ; — vénale, 214, 220.

VENGEANCE PRIVÉE, 41.

VIE, V° Intégrité corporelle.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	
1. Importance de la réglementation des droits patrimoniaux. Distinction des droits patrimoniaux et non patrimoniaux. Objet de cette étude	1
2. Intérêts de cette étude	2
3. Question préliminaire de terminologie	4
4. Méthode. — Etude de droit positif français	12
5. Méthode (<i>suite</i>). — Etude de droit privé. — Délimitation du sujet	15
6. Plan	20
PREMIERE PARTIE	
CLASSIFICATION	
DES SITUATIONS JURIDIQUES EXTRA-PATRIMONIALES	
DE DROIT PRIVE	
7. Plan	25
CHAPITRE PREMIER	
DES INTERETS EXTRA-PATRIMONIAUX	
RELATIFS A LA NOTION D'INDIVIDUALITE	
8. Le droit à l'individualité. — Division	28
Section 1. — Le nom	30
9. Définition. — Nom civil et nom commercial. — Plan	30
Paragraphe 1. — <i>Intérêts attachés à cette institution juridique</i>	31
10. Le nom, matricule	31
11. Le nom, enseigne de la personnalité	33
12. Le nom traduit-il toujours la filiation ?	35
Paragraphe 2. — <i>Nature juridique du droit au nom</i>	36
13. De l'existence d'un droit au nom	36
14. Le droit au nom, droit de propriété. — Intérêt de la discussion	37
15. Le nom, marque distinctive de la filiation. — Action d'état	43
16. Le droit au nom, droit extra-patrimonial	44

	Pages
Section 2. — Le domicile	46
17. Définition. — Division	46
Paragraphe 1. — <i>Intérêts pratiques du domicile</i>	47
18. Intérêts des tiers, intérêts de la personne domiciliée	47
Paragraphe 2. — <i>Nature juridique du domicile</i>	49
19. Controverse : le domicile est un lieu ; part de fiction de la notion française de domicile	49
20. Conséquences de la conception française du domicile ; réaction de la pratique	50
21. De la non-existence d'un « droit » au domicile. — Cas spécial du domicile des étrangers	53
Section 3. — L'état et la capacité	55
22. Définition de l'état et de la capacité. — La capacité, subdivision de l'état	55
23. Etat civil	57
24. Nature juridique de l'état. — De la non-existence d'un droit à l'état	58
Section 4. — Du patrimoine comme élément de l'individualité	59
25. Position du problème	59
26. Théorie classique d'Aubry et Rau : relation entre l'idée de patrimoine et celle de personnalité	60
27. Critique de la théorie classique par les auteurs récents. — Conciliation	61
28. De la non-existence d'un droit au patrimoine	61
Section 5. — De la profession comme élément de l'individualité	62
29. Définition. — Position du problème. — Plan	62
Paragraphe 1. — <i>Dispositions du Code civil touchant à la profession</i>	64
30. Le Code civil a réalisé l'isonomie	64
31. Dispositions exceptionnelles du Code civil visant la profession	64
Paragraphe 2. — <i>Rôle de la profession en droit privé</i>	69
32. La profession et la vie moderne. — Division	69
1. — THÉORIE DE LA PROFESSION	70
33. Notion de profession	70
2. — INCIDENCE DE LA NOTION DE PROFESSION EN DROIT PRIVÉ, AU SEUL POINT DE VUE EXTRA-PATRIMONIAL	72
34. La profession et l'application des usages professionnels	72
35. La faute professionnelle, la responsabilité professionnelle	72
36. L'honneur professionnel et la discipline professionnelle	73
37. Le secret professionnel	73
38. Conclusion. — La profession, notion de classement	74
39. Conclusion du chapitre. — Transition	75

CHAPITRE II

DES INTERETS EXTRA-PATRIMONIAUX RELATIFS A L'ELEMENT PHYSIQUE DE LA PERSONNALITE

	Pages
40. Position du problème. — Terminologie. — Division	78
Section 1. — De la protection de l'intégrité corporelle	78
41. Plan	78
Sous-Section 1. — L'ETAT ET LA PERSONNE PHYSIQUE	79
42. Personne physique et liberté de l'individu. — Limitation du sujet. — Division	79
Paragraphe 1. — <i>Peines et mesures de sûreté atteignant la personne physique</i>	80
43. La peine de mort	80
44. Les châtimens corporels : le fouet	81
45. La castration des malfaiteurs	82
Paragraphe 2. — <i>Des conflits entre la volonté du malade et celle du médecin représentant l'Etat, puissance publique</i>	84
46. Enumération des cas pratiques de conflits	84
47. Suite. — La stérilisation des personnes atteintes de maladies héréditaires	87
48. Recherche du critère réalisant l'équilibre des intérêts en présence	90
49. Conséquences du refus injustifié du malade : sanctions indirectes et directes	91
50. Conclusions à tirer de cette étude	95
Sous-Section 2. — DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE PHYSIQUE CONTRE LES ATTEINTES CAUSÉES PAR LES PARTICULIERS	97
51. Position du problème	97
Paragraphe 1. — <i>De la protection de l'intégrité corporelle en droit pénal</i>	97
52. Résumé de règles générales du droit pénal	97
53. Du droit de légitime défense	99
Paragraphe 2. — <i>De la réparation du dommage causé à la personne physique</i>	103
54. Le droit civil est un droit réparateur	103
55. De la réparation du dommage corporel causé par un accident quelconque	104
56. De la réparation du dommage corporel causé par un accident du travail	109
Paragraphe 3. — <i>Des conflits de la volonté du malade avec celle du médecin représentant les intérêts pécuniaires d'une personne physique ou morale</i>	112
57. Du droit au refus de traitement médical ou chirurgical	112

	Pages
58. Conséquences juridiques du refus de traitement	114
59. Conclusion de portée générale, à propos de ce droit au refus	116
<i>Sous-Section 3. — DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE PHYSIQUE CONTRE LES ATTEINTES QUE L'HOMME SE CAUSE A SOI-MÊME</i>	
	118
60. Position du problème	118
61. Le suicide et le droit pénal français contemporain	120
62. <i>Suite.</i> Le suicide dans le projet de réforme du Code pénal	121
63. Le suicide et le patrimoine en droit civil	123
64. Transition	125
<i>Section 2. — De l'existence et de la nature juridique du droit de l'individu sur sa personne physique</i>	
	125
65. Division	125
<i>Sous-Section 1. — DE L'EXISTENCE D'UN DROIT DE L'INDI- VIDU SUR SA PERSONNE PHYSIQUE</i>	
	126
66. Position du problème	126
67. Portée d'application de la solution	127
<i>Sous-Section 2. — DE LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE L'INDIVIDU SUR SA PERSONNE PHYSIQUE</i>	
	129
68. Nature juridique du corps humain	129
69. Le corps de l'homme vivant ne peut être l'objet de droits réels	130
70. Nature extra-patrimoniale du droit sur le corps	131
71. Conclusion du chapitre. — Transition	132

CHAPITRE III

DES INTERETS EXTRA-PATRIMONIAUX RELATIFS A L'ELEMENT MORAL DE LA PERSONNALITE

72. Division	134
<i>I. — DEFENSE DE LA PERSONNALITE MORALE DE L'INDIVIDU CONSIDERE COMME TEL</i>	
73. Énumération des prérogatives relatives à l'individua- lité morale	135
<i>Section 1. — Le droit à son image</i>	
	136
74. Position du problème. — La figuration de l'image et la civilisation moderne	136
<i>Sous-Section 1. — EXISTENCE DE FAIT DU DROIT A SON IMAGE</i>	
	137
75. Historique	137
76. La jurisprudence. — Théorie négative	138

	Pages
<i>Sous-Section 2. — NATURE JURIDIQUE DU DROIT A SON</i>	
IMAGE	140
77. Travaux de la doctrine	140
78. Le droit à son image, droit de propriété	141
79. Le droit à son image, droit d'auteur	142
80. Le droit à son image, droit extra-patrimonial	144
<i>Section 2. — Le droit au secret</i>	
81. Position du problème. — Plan	145
<i>Sous-Section 1. — LE SECRET PROFESSIONNEL</i>	
82. Fondement juridique de l'obligation au secret	147
83. Critique de la théorie contractuelle	149
84. Secret professionnel et ordre public	152
85. Secret professionnel et profession	154
86. De l'application de l'article 1382 du Code civil ; com- paraison avec l'article 378 du Code pénal	157
87. De l'existence d'un droit au secret professionnel	160
<i>Sous-Section 2. — LA PROTECTION DU SECRET DANS LA VIE</i>	
PRIVÉE	161
88. Application généralisée de l'article 1382. Diffamation et secret	161
89. Des principes assurant le secret des lettres missives. Inviolabilité et secret de la correspondance	162
90. Du secret des lettres missive	164
91. Théories contractuelles : contrat de correspondance, convention de secret	165
92. Théorie délictuelle (ou quasi-délictuelle)	168
93. Le droit au secret des lettres missives, droit extra- patrimonial	172
94. D'un droit général au secret	172
<i>Section 3. — Le droit à l'honneur</i>	
95. Position du problème. — Plan	175
<i>Sous-Section 1. — LA DÉFENSE DE L'HONNEUR DANS LA</i>	
VIE PRIVÉE	176
96. La notion d'honneur et le droit pénal. — Division	176
Paragraphe 1. — <i>La protection de l'honneur en droit</i>	
pénal	179
97. Le droit de réponse	179
98. Protection contre les atteintes portées à l'honneur des collectivités n'ayant pas la personnalité morale	183
99. Le mobile d'honneur en droit pénal. — Répression du duel	187
Paragraphe 2. — <i>L'honneur et le principe de la res-</i>	
<i>ponsabilité civile</i>	189
100. Application de l'article 1382. — Plan	189
101. De la responsabilité dans le cas de renseignements fournis officieusement sur des tiers	190
102. Responsabilité du romancier et de l'auteur drama- tique, de l'historien et du critique	192

	Pages
103. Portée générale de l'article 1382 en matière de protection de l'honneur	196
104. De l'existence d'un droit à l'honneur	199
<i>Sous-Section 2. — LA DÉFENSE DE L'HONNEUR DANS LE CADRE DE LA PROFESSION OU DE LA FONCTION</i>	
105. Position du problème. Textes de droit pénal. — Droit disciplinaire	200
106. Les fautes contre l'honneur dans le droit disciplinaire	202
107. Développement du droit disciplinaire en France ...	206
108. Les Tribunaux d'honneur professionnel en Allemagne nationale-socialiste	207
109. De l'existence d'un droit à l'honneur professionnel ..	209
<i>Section 4. — Le droit moral de l'auteur ou de l'artiste</i>	
110. Evolution historique du droit d'auteur. — Divers droits exercés par l'auteur à propos de son œuvre. — Division	210
<i>Sous-Section 1. — DES DIVERSES PRÉROGATIVES D'ORDRE MORAL RECONNUES A L'AUTEUR</i>	
111. Plan	213
112. Attributs du droit moral durant la première période : de la conception de l'œuvre à la publication	214
113. Attributs du droit moral durant la deuxième période : de la publication à la mort de l'auteur	219
114. Des sanctions concernant la protection des intérêts moraux de l'auteur	223
115. Conclusion	225
<i>Sous-Section 2. — DE L'EXISTENCE ET DE LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT MORAL</i>	
116. Position du problème	227
Paragraphe 1. — <i>De la notion juridique de droit moral</i>	
117. Négation par certains auteurs de l'existence d'un droit moral	227
118. Théorie délictuelle ou quasi-délictuelle	228
119. Théorie contractuelle de M. J. Rault. — Critique de celle-ci par M. E. Silz	233
120. Le droit moral de l'auteur, droit extra-patrimonial	237
Paragraphe 2. — <i>Distinction du droit moral et du droit patrimonial de l'auteur</i>	
121. Position du problème	239
122. Exposé des théories sur la nature du droit d'auteur	239
123. La jurisprudence française et le droit moral	244
124. Critique de la théorie de l'indivisibilité des droits accordés à l'auteur	248
125. Le droit d'auteur et le problème de son exclusion de la communauté	255
126. Conclusion de portée générale : droit extra-patrimonial et droit patrimonial attaché à la personne ..	258

II. — DEFENSE DE LA PERSONNALITE DE L'INDIVIDU ENVISAGE COMME MEMBRE D'UNE FAMILLE

	Pages
127. Délimitation du sujet. — Plan	260
Section 1. — Souvenirs et tombeaux de famille	261
128. Division	261
Paragraphe 1. — <i>Du régime juridique des souvenirs de famille</i>	262
129. Position de la question	262
130. Souvenirs de famille et droits de la personnalité. — Le droit au souvenir, droit extra-patrimonial ...	263
Paragraphe 2. — <i>Des tombeaux de famille</i>	269
131. Position du problème	269
132. Le droit au tombeau de famille, droit extra-patrimonial	269
133. Des différends entre proches au cas où le défunt n'a pas exprimé ses volontés quant à ses funérailles ..	271
Section 2. — Les droits de famille	273
134. Position du problème. — Division	273
Paragraphe 1. — <i>La puissance maritale, les devoirs des époux</i>	274
135. Limitation du sujet. — L'autorité maritale sur la personne de la femme	274
136. Portée de la loi du 18 février 1938. — Contrôle jurisprudentiel	275
137. Caractères juridiques du droit de puissance maritale. — Devoirs des époux	277
138. Sanctions des devoirs réciproques des époux et de la prépondérance du mari, chef de famille. — Application de l'article 1382	278
Paragraphe 2. — <i>La puissance paternelle</i>	280
139. Définition. — Limitations du sujet	280
140. Contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant	281
141. Caractères juridiques du droit de puissance paternelle	283
142. Puissance paternelle et tutelle ; application de l'article 1382	285

III. — DEFENSE DE LA PERSONNALITE DE L'INDIVIDU ENVISAGE COMME MEMBRE DE L'ETAT

143. Position du problème. Des situations extra-patrimoniales de droit public	288
144. De la garantie des droits publics	290
145. Droits extra-patrimoniaux privés et libertés publiques	291
146. Conclusion, résumé et transition	292

DEUXIEME PARTIE

DE L'EXISTENCE ET DE LA NATURE JURIDIQUE
DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

147. Plan	298
---------------------	-----

CHAPITRE PREMIER.

DE L'EXISTENCE DES DROITS EXTRA-PATRIMONIAUX

148. Division	300
Section 1. — La notion de droit subjectif et la technique du droit privé positif	301
149. Terminologie. — But de cette étude. — Division	301
Sous-Section 1. — DE LA STRUCTURE DU DROIT SUBJECTIF	307
150. Position du problème. — Plan	307
Paragraphe 1. — <i>Exposé des théories concernant la structure du droit subjectif</i>	307
151. Théorie de la volonté	307
152. Théorie de l'intérêt	308
153. Théorie de la volonté et de l'intérêt combinés	309
Paragraphe 2. — <i>Le droit subjectif et l'action</i>	311
154. Définition de l'action. — Position du problème	311
155. Distinction du droit et de l'action	312
156. L'action ne garantit pas seulement des droits subjectifs	315
Sous-Section 2. — DE LA SPHÈRE D'APPLICATION DU DROIT SUBJECTIF	319
157. Plan	319
Paragraphe 1. — <i>De l'application pratique de la théo- rie de la volonté et de l'intérêt combinés</i>	320
158. Nécessité d'un intérêt personnel au titulaire du droit	320
159. Nécessité d'un pouvoir de volonté propre au titulaire du droit	321
Paragraphe 2. — <i>Domaine technique du droit sub- jectif</i>	324
160. Pouvoir juridique et droit subjectif	324
161. Droits définis et facultés générales	326
162. Droits subjectifs et biens juridiques. — Droits déter- minateurs et droits sanctionnateurs	330
163. <i>Suite.</i> — Rejet de la conception des droits innés	337
Section 2. — <i>Situations juridiques non patrimoniales et droits extrapatrimoniaux</i>	345
164. Position du problème	345

	Pages
<i>Sous-Section 1. — EXPOSÉ DE LA THÉORIE DES DROITS DE LA PERSONNALITÉ</i>	345
165. Plan	346
Paragraphe 1. — <i>De la divisibilité de la personnalité, considérée comme objet de droit</i>	347
166. Le droit général de la personnalité, en droit allemand et en droit suisse	347
167. Rejet du droit général de la personnalité en droit français	350
Paragraphe 2. — <i>L'existence des droits de la personnalité et le Droit Naturel</i>	352
168. Boistel. — Del Vecchio	352
<i>Sous-Section 2. — DE L'EXISTENCE DES DROITS EXTRA-PATRIMONIAUX EN DROIT POSITIF FRANÇAIS</i>	355
169. Plan	355
Paragraphe 1. — <i>De l'objet des situations juridiques non patrimoniales</i>	356
170. La personne métaphysique échappe à la sphère du droit	356
171. Les facultés naturelles ne sont pas l'objet de droits	357
Paragraphe 2. — <i>Du contenu des droits extrapatrimoniaux</i>	358
172. Droits de la personnalité et droits négatifs	358
173. Droits extra-patrimoniaux et droits absolus	359
174. Droits extra-patrimoniaux et droits sanctionneurs	360
175. Droits extra-patrimoniaux déterminateurs prévus par la loi	372
176. Elaboration par la jurisprudence de règles précises en matière de responsabilité	373
177. Droits extra-patrimoniaux déterminateurs, de création jurisprudentielle	378
178. Conclusion : droits extrapatrimoniaux et actions extrapatrimoniales	385

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DES DROITS ET ACTIONS EXTRA-PATRIMONIAUX

179. Position du problème. — Division	390
Section 1. — <i>Caractères juridiques des droits et actions extrapatrimoniaux</i>	392
180. Plan	392
<i>Sous-Section 1. — DE L'INCESSIBILITÉ DES DROITS ET ACTIONS EXTRA-PATRIMONIAUX</i>	393
181. Terminologie. — Plan	393
Paragraphe 1. — <i>Applications du principe d'indisponibilité</i>	394
182. Indisponibilité des droits extrapatrimoniaux	394

	Pages
183. Indisponibilité des actions ayant trait à des biens de la personnalité ou à des situations juridiques non patrimoniales	398
Paragraphe 2. — <i>Exceptions au principe d'indisponibilité des droits et actions extra-patrimoniaux</i> ..	400
184. Plan	400
1. — <i>De l'existence de fait de conventions relatives aux situations juridiques extra-patrimoniales</i>	400
185. Des conventions relatives aux droits extra-patrimoniaux	400
186. Des atténuations apportées au principe de l'indisponibilité des actions extra-patrimoniales	407
187. <i>Suite.</i> — Influence du consentement de la victime d'un dommage causé à un bien de la personnalité sur la responsabilité pénale et civile de l'auteur du dommage	412
2. — <i>Licéité des conventions relatives aux situations juridiques extrapatrimoniales</i>	418
188. Portée de l'article 1128 du Code civil : choses hors du commerce	418
189. Du caractère licite de l'objet	420
190. Recours à la théorie de la cause illicite. — Incertitude du critérium	421
3. — <i>Du régime juridique des conventions relatives aux situations non patrimoniales</i>	422
191. Du consentement	422
192. De la capacité	425
193. Portée des effets de l'accord de volontés. — Conclusion	427
<i>Sous-Section 2. — DE L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DES DROITS ET ACTIONS EXTRAPATRIMONIAUX</i>	429
194. Position du problème	429
195. De l'imprescriptibilité des droits extra-patrimoniaux (droits détermi-nateurs)	431
196. De l'imprescriptibilité de l'état	433
197. Conclusion	437
<i>Sous-Section 3. — DE L'INTRANSMISSIBILITÉ SUCCESSORALE DES DROITS ET ACTIONS EXTRAPATRIMONIAUX</i> ..	438
198. Position du problème	438
199. Le droit au nom	440
200. Le droit moral de l'auteur	442
201. Défense <i>post mortem</i> des intérêts moraux du défunt	446
202. Actions d'état	450
203. Action en réparation du préjudice extra-patrimonial	453
204. Conclusion	456

<i>Sous-Section 4. — IMPOSSIBILITÉ D'UNE REPRÉSENTATION GÉNÉRALE PAR AUTRUI POUR LES DROITS ET ACTIONS DE CARACTÈRE EXTRA-PATRIMONIAL</i>		459
205.	Les droits extra-patrimoniaux et les créanciers. — L'article 1166 du Code civil	459
206.	De la représentation des incapables relativement aux droits et actions extra-patrimoniaux	463
207.	Conclusion	469
208.	Conclusion de la section : jurisprudence opportuniste	471
 <i>Section 2. — Des rapports existants entre les situations juridiques extra-patrimoniales et les droits patrimoniaux</i>		473
209.	Division	473
 <i>Sous-Section 1. — HYPOTHÈSES DE RAPPROCHEMENTS DES SITUATIONS JURIDIQUES PATRIMONIALES ET NON PATRIMONIALES</i>		473
210.	Plan	473
 <i>Paragraphe 1. — Transformation d'une situation juridique extra-patrimoniale en un droit patrimonial</i>		474
211.	L'action en réparation d'un préjudice extra-patrimonial. — Lésion d'un bien inné	474
212.	Droit patrimonial dérivé d'une situation juridique extra-patrimoniale : l'état des personnes et les conséquences de l'état ; le nom commercial	476
 <i>Paragraphe 2. — Coexistence des deux éléments : patrimonial et non patrimonial</i>		477
213.	Droits patrimoniaux à caractère personnel	477
214.	Impossibilité de trouver un critère des droits patrimoniaux attachés à la personne. — Essai d'énumération	480
 <i>Sous-Section 2. — CARACTÈRES JURIDIQUES DES DROITS PATRIMONIAUX A CARACTÈRE PERSONNEL</i>		484
215.	Plan	484
 <i>Paragraphe 1. — Conséquences juridiques du caractère patrimonial des droits</i>		485
216.	Cessibilité	485
217.	Transmissibilité successorale	487
 <i>Paragraphe 2. — Conséquences juridiques du caractère personnel des droits</i>		487
218.	Incessibilité des droits patrimoniaux personnels en raison de leur affectation	487
219.	Insaisissabilité	489
220.	Caractère de « propres » sous les régimes de communauté	490
221.	Conclusion du chapitre : impossibilité d'établir une formule générale relative aux droits patrimoniaux à caractère personnel. — Nature juridique des droits extrapatrimoniaux	493

	Pages
CONCLUSION	497
222. Des intérêts et des droits extra-patrimoniaux. — Etude sommaire « de lege ferenda ». — L'œuvre de la jurisprudence	497
BIBLIOGRAPHIE	505
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	529
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES	535



BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

00 00 00 IMPRIMEURS-ÉDITEURS 00 00 00

00 42, QUAI GAILLETON, 42 00

00 00 00 LYON 00 00 00 00



